

# **Rettslige krav for vedtagelse og gjennomføring av legemsundersøkelser av mistenkte**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 543  
Leveringsfrist: 25.11. 2010

Til sammen 16.931 ord

23.11.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Legemsundersøkelser, en nærmere forklaring av inngrepet	5
1.2	Det rettslige utgangspunktet for legemsundersøkelser	6
1.2.1	Aktuelle reguleringer av det faktiske hendelsesforløpet	9
<b><u>2</u></b>	<b><u>HENSYNENE BAK KONFLIKTEN MELLOM RETTIGHET OG INNGREP</u></b>	<b><u>11</u></b>
2.1	Vernet av den personlige frihet	11
2.2	Myndighetenes behov for å gjøre inngrep i den personlige frihet	13
<b><u>3</u></b>	<b><u>RETTSLIGE KRAV FOR Å GRIPE INN I RETTEN TIL PERSONLIG FRIHET</u></b>	<b><u>15</u></b>
3.1	Kravet om hjemmel for inngrepet	16
3.1.1	Kravet om hjemmel med basis i nasjonal lovgivning	17
3.1.2	Kravet om tilgjengelighet av hjemmelen	17
3.1.3	Klarhetskravet til hjemmelen	17
3.2	Kravet om oppnåelse av rettslige terskler i strprl. §157	22
3.2.1	Skjellig grunn til mistanke	22
3.2.2	En handling som kan medføre frihetsstraff	23
3.2.3	Antas å bidra til opplysning av saken	25
3.3	Krav rettet mot formålet for inngrepet	26
3.3.1	Formålskravet i straffeprosessloven §157	27
3.3.2	Formålskravet i EMK art. 8, 2. ledd	28
3.4	Kravet om proporsjonalitet mellom mål og middel	30
3.4.1	Proporsjonalitetsvurderingen av det konkrete inngrepet	32
3.4.2	En vektvurdering av målet som søkes oppnådd	34
3.4.3	Krav til middelet som anvendes, den innvendige legemsundersøkelsen	35

<b><u>4</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>55</u></b>
-----------------	--------------------------	------------------

<b><u>5</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>57</u></b>
-----------------	-------------------------------	------------------

## 1 Innledning

Narkotikamisbruk er en av hovedkildene til kriminalitet i dagens samfunn.<sup>1</sup> Misbruket er et problem som skaper vanskelige situasjoner både gjennom avhengighetsdannelse og innføring i en kriminell sirkel for ofrene, men også i forhold til hvordan politimyndighetene effektivt kan oppdage og motarbeide kilden til problemet. Som et ledd i denne pågående bekjempelsen av narkotikakriminalitet, vil politiet måtte benytte seg av metoder som reiser både prinsipielle og lovmessige problematiske situasjoner. En av disse metodene er å foreta legemskontroll av mistenkte, en metode som anvendes for å kontrollere om personen er i besittelse av narkotika. Gjennom å stoppe innsmuglingen og distribueringen av narkotiske stoffer, vil politiet komme langt i å fjerne roten til de kriminelle handlingene som stammer fra narkotikamisbruk. Det foreligger eksempelvis sammenhengen mellom narkotikamisbruk og vinnings- volds kriminalitet, ettersom dette ofte blir misbrukerens eneste måte for å skaffe de midlene som han trenger for å opprettholde sitt misbruk.

Kontrollen av legemet innebærer at mistenkte vil måtte underlegges et fysisk inngrep. Dette inngrepet vil kunne innebære smerter og ubehag, og er uansett en krenkelse av både fysisk og psykisk integritet. Myndighetenes adgang til å påføre slike reaksjoner må være grundig regulert, ettersom slike inngrep i utgangspunktet er ulovlig og straffbare handlinger.<sup>2</sup> Problemstillingen vi da står overfor er når politimyndighetene har lovlig adgang til å foreta en i utgangspunktet straffbar legemsundersøkelse av en mistenkt kriminell, og hvilke rettslige krav som må oppfylle før legemsundersøkelsen kan gjennomføres.

---

<sup>1</sup> Se SSB: "Anmeldte lovbrudd 2009; Flere tyverier og narkotikalovbrudd", samt SSB: "Oversikt over etterforskede lovbrudd mellom 1994-2005", hvor narkotikakriminalitet er det største enkeltpunktet blant allmennfarlige forbrytelser.

<sup>2</sup> Se blant annet Almindelig borgerlig Straffelov, av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven), §§ 228-229, som regulerer legemskrenkelser.

Legemsundersøkelse er en granskningsmetode som benyttes ved mistanke om fysisk oppbevaring av pakker eller andre objekter som enten er av ulovlig karakter eller vil kunne fungere som bevis i en straffesak. Granskningen vil fungere som et middel for å oppklare mistankespørsmålet i saken, altså spørsmålet om den mistenkte personen har begått den påståtte handlingen eller ikke. Jeg vil i denne oppgaven ta for meg lovgivningen som regulerer myndighetenes adgang til å gjennomføre innvendige legemsundersøkelser. Formålet med dette, er å kartlegge de gjeldende reglene for myndighetens adgang til å gjøre fysiske inngrep. Jeg vil også forsøke å fastslå hvorvidt de grensene og vurderingene som den norske lovgivningen anvender er i samsvar med reguleringene og grensene som følger av den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK), og den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens (heretter EMD) tolkning av konvensjonsreglene. Konvensjonen er gjort til norsk lov i menneskerettsloven §2<sup>3</sup>:

*”Følgende konvensjoner skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge: 1. Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellevte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004 (...)”*

I oppgaven vil jeg gjennomgå de prinsippene som reguleres av den aktuelle lovgivningen, og jeg skal ta for meg hvilke hensyn som taler for og imot gjennomføringen av kroppslige inngrep. Som et grunnleggende krav bygger norsk straffeprosess på at mistenkte er uskyldig inntil han er dømt skyldig i retten, og vernet om fysisk og psykisk integritet gjelder alle.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, av 21 mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven)

<sup>4</sup> Jfr. EMK art. 8, som verner ”enhver”.

Problemstillingene rundt legemsundersøkelsen vil ta for seg svært individuelle saksforhold; hver undersøkelsessituasjon vil omfatte forskjellige personer og forskjellige undersøkelsesmetoder, hvilket medfører at jeg benytter hypotetiske eksempler underveis. Jeg vil i hovedsak fokusere på den materielle reguleringen, men også ta for meg de prosessuelle bestemmelsene der hvor de skulle være relevante, eller bidra til å belyse problemstillingen.

Adgangen til å gjennomføre legemsundersøkelser reguleres av straffeprosessloven §157 (heretter strprl).<sup>5</sup> Hjemmelen skal i utgangspunktet benyttes i relasjon til narkotikarelaterte saker, og ellers benyttes med stor varsomhet.<sup>6</sup> Dette betyr ikke at loven er bundet til narkotikasaker, men at den i utgangspunktet tar sikte på å regulere slike tilfeller.<sup>7</sup>

Innvendige legemsundersøkelser har en naturlig sammenheng med narkotikakriminalitet. Å svelge pakker med narkotika er en kjent måte å smugle stoff over landegrenser, og det samme gjelder smugling gjennom å oppbevare pakker med narkotika i rektum eller vagina. Bruken av legemsundersøkelse er dog ikke begrenset til å kontrollere smugling over landegrensene. Oppbevaring av små narkotiske pakker i munnhulen er en transporteringsmetode også brukt av gatelangere, og utover dette kan svelging av narkotika være en spontan reaksjon fra mistenkte dersom han blir anholdt av politiet. Dette ser vi blant annet i saken *Jalloh v. Germany* fra EMD.<sup>8</sup> Legemsundersøkelser vil være den eneste måten for å kontrollere dette når mistanken foreligger. Det foreligger også en sammenheng mellom undersøkelsene og narkotikakriminalitet ettersom innvendige legemsundersøkelser vil kunne være svært krenkende tiltak overfor mistenkte, og derfor bør gjennomføringen

---

<sup>5</sup> Lov om rettergangsmåten i straffesaker, av 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven)

<sup>6</sup> Se forarbeidene til strprl. §157 i Inst. O. nr. 37, 1980-81, s. 23.

<sup>7</sup> Se *Bjerke og Keiserud*; *Straffeprosessloven Kommentartutgave*, 3. utgave, Oslo 2001, s. 588

<sup>8</sup> Se *Case of Jalloh v. Germany*

begrenses til saker hvor subjektet mistenkes for alvorlig kriminalitet. Narkotikakriminalitet vil ofte være av en slik alvorlig karakter.

Legemsundersøkelser med hjemmel i strprl. §157 skal dokumenteres og rapporteres til Riksadvokaten, jfr. påtaleinstruksens §10-9 jfr. §10-5 1. ledd bokstav b-e, som igjen skal rapporteres til Justisdepartementet.<sup>9</sup> I 2006 var det gjennomført 36 slike undersøkelser i følge denne rapporten. Dette er en ganske stor nedgang fra eksempelvis 1998, hvor det ble registrert 148 undersøkelser. Hva nedgangen skyldes vites ikke, men det vil fortsatt være grunn til å se nærmere på de rettslige spørsmålene rundt inngrepene.

Særlig gjennom EMD sin sak Jalloh v. Germany har problemstillingene rundt vedtagelsen og gjennomføringen av legemsundersøkelser blitt aktualisert.<sup>10</sup> I denne saken ble Jalloh, som var mistenkt for narkotikakriminalitet, underlagt en svært inngripende innvendig legemsundersøkelse hvor politimyndighetene tvangstilførte ham et brekkmiddel. Dette medførte at han kastet opp pakker med narkotika som han hadde skjult i magesekken. EMD konkluderte i denne saken med at Jalloh hadde blitt utsatt for en så grov krenkelse av sine rettigheter etter konvensjonen at de dømte tyske myndigheter for brudd på konvensjonens art. 3, som verner om individets rett til ikke å bli utsatt for tortur og ydmykende behandling. EMD vurderte i denne saken legemsundersøkelsen som så krenkende overfor mistenkte at den ikke bare innebar et brudd på vernet av privatliv i art. 8, men undersøkelsen var også et brudd på vernet mot tortur og ydmykende handlinger.

Avgjørelsen i saken Jalloh v. Germany gir oss grunn til å sammenligne den norske hjemmelen i strprl. §157 med reguleringen i EMK, for å undersøke hvorvidt de to er samsvarende og pålegger legemsundersøkelser de samme rettslige kravene. Dersom den norske hjemmelen åpner for mer inngripende undersøkelser enn de som vil tillates etter

---

<sup>9</sup> Jfr. Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten, av 28. juni 1985, nr. 1679 (påtaleinstruksen) §10-9

<sup>10</sup> Se Case of Jalloh v. Germany

EMK art. 8, vil gjennomføring av innvendige legemsundersøkelser hjemlet i norsk rett kunne medføre brudd på konvensjonen.

Jeg vil i denne oppgaven først klargjøre den faktiske situasjonen rundt inngrepet i punkt 1.1 og den rettslige reguleringen av problemstillingen i punkt 1.2. I punkt 2 vil jeg ta for meg hensynene som står bak problemstillingene som legemsundersøkelsen reiser, før jeg vil ta for meg de konkrete kravene som må oppfylles for at en legemsundersøkelse skal kunne foretas i punkt 3. Dette vil i hovedsak omfatte hjemmelskravet i punkt 3.1, terskelkravet i punkt 3.2, formålskravet i punkt 3.3 og proporsjonalitetskravet i punkt 3.4.

### 1.1 Legemsundersøkelser, en nærmere forklaring av inngrepet

Den aktuelle hjemmelen for innvendige legemsundersøkelser finner vi i strprl. §157. I denne heter det:

*”Den som med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan underkastes kroppslig undersøkelse når det antas å være av betydning for opplysningen av saken og ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Det kan tas blodprøve og foretas andre undersøkelser som kan skje uten fare eller betydelig smerte.”*

Som vi ser regulerer bestemmelsen altså myndighetenes adgang til å foreta en ”kroppslig undersøkelse”. Med ”kroppslig” forstås hele mistenktes kropp. Dette vil omfatte prøver av blod og spytt, samt tester av mistenktes fysiske evner, som syn og hørsel. Det vi videre kan merke oss, er at formålet med inngrepet må være å lokalisere eller kontrollere noe, jfr. ordet ”undersøkelse”. Dette utelukker dermed kroppslige inngrep hvor formålet er å utsette mistenkte for smerte eller forsøke å få personen til å tilstå en handling.

Når vi så skal se på hvilke typer undersøkelser som er omfattet, følger det visse grenser av lovgivningen. Det første skillet er mellom utvendige og innvendige legemsundersøkelser, og følger av straffeprosesslovens system. Undersøkelser av kroppens ytre reguleres av



straffeprosessloven §195, som omhandler ransaking av person, mens undersøkelser av kroppens indre reguleres av strprl. §157. En overfladisk undersøkelse av mistenktes kropp, for å se etter arr eller kloremerker fra et slagsmål, vil kunne hjemles i strprl §195. Det er den grundigere undersøkelse av mistenktes kropp, som å undersøke munnhulen for narkotika, som må hjemles i strprl. §157. Disse undersøkelsene er av helt forskjellige krenkende karakter, og har derfor fått forskjellig hjemmelsgrunnlag.

Også strprl. §157 omhandler flere forskjellige undersøkelsestyper, og omfatter blant annet undersøkelser av kroppens hulrom, som vaginal-, anal- og munnhuleundersøkelse, og undersøkelse av innvendig kroppslig oppbevaring, da særlig i magesekken. Dette utelukker ikke andre innvendige undersøkelser, men disse er de mest nærliggende.

Den ytre grensen som må trekkes går på grensen mot operasjoner. Det er her ikke lenger tale om en ”undersøkelse”, og inngrepet omfattes dermed ikke av hjemmelen. Dette er naturlig, da slike inngrep vil være av en helt annen krenkende karakter enn innvendige legemsundersøkelser. På samme måte er det i forskrift presisert at også bruken av gastroskopi faller utenfor hjemmelen.<sup>11</sup>

## 1.2 Det rettslige utgangspunktet for legemsundersøkelser

Et grunnleggende prinsipp i lovgivningen er individets rett til personlig frihet.<sup>12</sup> Dette stammer fra det naturlige utgangspunktet om at vi alle er født frie, og bygger på tankegangen om at hvert individ har en selvbestemmelsesrett over sin kropp, sine tanker og handlinger. Prinsippet kan imidlertid ikke gjelde fullt ut, av hensyn til samfunnets beskyttelse. Visse handlinger er blitt kriminalisert, og inngrep i rettigheten må kunne forekomme for fellesskapets skyld. Disse to størrelsene, individets personlige frihet og samfunnets behov for beskyttelse, må da avveies mot hverandre.

---

<sup>11</sup> Jfr. påtaleinstruksen §10-4 ,1. ledd 2. pkt.

<sup>12</sup> Se bl.a. EMK art. 8.

Utgangspunktet i den personlige frihet vil også innebære at legemsinngrep er forbudt. Forbudet gjelder både for inngrep som stammer fra privatpersoner og offentlige myndigheter, og uavhengig av om personen som blir utsatt for inngrepet er mistenkt kriminell eller ikke. I lovgivningen foreligger det to rettslige hindringer for å gjennomføre legemsundersøkelser; forbudet mot inngrep som blant annet er hjemlet i straffeloven, og forbudet mot inngrep som strider mot rettighetene i EMK.

Prinsippet om personlig frihet danner noe av grunnlaget for det ulovfestede legalitetsprinsippet i norsk rett, som kort oppsummert fastslår at inngrep i borgernes rettsfære krever hjemmel i lov, eller må være i medhold av lov.<sup>13</sup> Dette innebærer at de nasjonale myndighetene, som politiet og påtalemyndigheten, ikke står fritt til å gjennomføre de inngrep de mener er nødvendige, da handlingene må først godkjennes av de folkevalgte representantene i Stortinget. Slikt sett er også prinsippet om maktfordeling sentralt i legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet er i hovedsak ulovfestet, men kommer blant annet til uttrykk i Grunnlovens §96 som fastslår at ingen kan straffes uten etter avsagt dom, og Grunnlovens §99 som sier at ingen kan fengsles uten at det finnes hjemmel for dette i lov.

Inngrep i individets legeme vil måtte kategoriseres som et særlig inngripende tiltak gjort av myndighetene, og må derfor underlegges et strengt legalitetsprinsipp.<sup>14</sup> Dette innebærer at hjemmelsgrunnlaget for inngrepet må finnes i formell lov, i motsetning til eksempelvis forskrift eller instruks, og denne loven må være klar på hva inngrepet skal gå ut på.

Hjemmelen som åpner for legemsundersøkelser finner vi i som nevnt i strprl. §157, og hjemmelen er av en diskresjonær karakter. Dette innebærer at myndighetene står fritt til å avgjøre hvorvidt inngrepet skal gjennomføres. Hadde hjemmelen vært utformet slik at inngrep var en nødvendig og påbudt følge av mistanke, ville ikke myndighetene hatt denne

---

<sup>13</sup> Se f. eks. *Auglend, Mæland, Røsandhaug: Politirett*, 2. utgave, Oslo 2004. s. 101 flg.

<sup>14</sup> Se *Auglend, Mæland, Røsandhaug: Politirett*, s. 409.

adgangen til å vurdere hvorvidt undersøkelsen skal foretas. I EMK vil hjemmelen som åpner for legemsinngrep finnes i EMK art. 8, 2. ledd, som har følgende ordlyd:

*”There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society (...) for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”*

Legemsundersøkelsen kan i utgangspunktet stride mot tre bestemmelser i EMK: art. 8, som verner om subjektets privatliv, art. 3, som verner om retten til ikke å bli underlagt tortur og ydmykende behandling, og art. 2, som verner om retten til liv. Inngrepets krenkende karakter øker i takt med den retten som blir vernet. Et inngrep som krenker retten til privatliv vil ikke framstå som like alvorlig som et inngrep som krenker retten til ikke å bli utsatt for ydmykende behandling, som igjen ikke vil være like alvorlig som krenkelse av retten til liv. Jeg vil i den videre framstillingen hovedsaklig forhold meg til EMK art. 8, ettersom denne bestemmelsen inneholder de rettslige kravene et legemsinngrep må oppfylle, samt at vernet av privatliv vil være den første rettigheten som krenkes dersom legemsundersøkelsen ikke er i samsvar med EMK.

Det kan imidlertid oppstå konflikt mellom hjemmelen i strprl. §157 og EMK. Dersom strprl. §157 eksempelvis gir myndighetene adgang til å gjennomføre en undersøkelse som vil være i strid med bestemmelsene i EMK, vil det oppstå en regelkonflikt. I slike situasjon bygger norsk rett på presumsjonsprinsippet. Kort gjengitt fastsetter dette prinsippet at ved eventuell konflikt mellom en særnorsk rettsregel og en gjeldende folkerettslig bestemmelse, her EMK, vil den norske bestemmelsen tolkes slik at den er i samsvar med den internasjonale regelen.<sup>15</sup> Dersom det fortsatt vil foreligge en motstrid, eksempelvis at motstriden mellom strprl. §157 og EMK ikke kan løses ved tolkning av straffeprosessloven, vil bestemmelsen i EMK ha forrang som følge av menneskerettslovens

---

<sup>15</sup> Se eksempelvis Ruud og Ulfstein: Innføring i folkerett, 3. utgave, Oslo 2006, s. 64 flg.

§3. Dette medfører at den norske bestemmelsen i strprl. §157 vil måtte forholde seg til grensene som settes av EMK og EMD, dersom inngrepet ikke skal innebære en krenkelse av konvensjonen.

### 1.2.1 Aktuelle reguleringer av det faktiske hendelsesforløpet

Jeg vil nå gi en gjennomgang av hendelsesforløpet som vil forekomme når en person blir pågrepet etter mistanke om at han oppbevarer noe ulovlig i kroppen. Dette gjør jeg for å vise hvilke lovregler som vil være relevante, og jeg vil gi en nærmere redegjørelse for innholdet i disse reglene utover i oppgaven.

Når mistanke om slik innvendig oppbevaring forekommer, vil pågripelsen og undersøkelsen skje etter strprl. §157, og med mindre mistenkte samtykker til gjennomføringen av inngrepet må undersøkelsen i utgangspunktet begjæres for retten. Dette følger av strprl. §157, 3. ledd. Vurderingen av om lovens vilkår foreligger vil altså skje før undersøkelsen finner sted. Dersom beslutningen skal fattes av retten, innebærer dette at avgjørelsen skal treffes i et rettsmøte, jfr strprl. §43, og her vil mistenkte ha en rett til å være tilstede og uttale seg.

Utgangspunktet om at legemsundersøkelsen skal avgjøres av retten inneholder en unntaksbestemmelse i strprl §157, 4. ledd, 1. punkt. Her er det fastslått at rettens beslutning ikke er nødvendig når det foreligger omstendigheter i saken som tilsier at avgjørelsen må tas snarlig, i slike tilfeller kan avgjørelsen fattes av påtalemyndigheten. Tidsaspektet ved svelging av narkotikapakker er særlig viktig, da risikoen for at pakken ødelegges og påfører mistenkte stor forgiftningsskade øker i takt med hvor lenge pakken befinner seg i mistenktes kropp. Kroppens naturlige fordøyelsesprosess vil bryte ned pakken, og graden av risiko for forgiftning vil bero på hvor grundig stoffet har blitt pakket og sikret.

Dette særlig problematiske tidsaspektet ved innvendige legemsundersøkelser, fører til at påtalemyndigheten er nødt til å ta en rask avgjørelse om hvorvidt en undersøkelse skal gjennomføres, hvilket medfører at avgjørelsen om å gjennomføre legemsundersøkelsen ofte

vil bli tatt utenfor retten. Gjennom unntaksbestemmelsen har lovgiver her tatt i betraktning det faktum at når det foreligger en situasjon som tilsier at det er nødvendig å gjennomføre en legemsundersøkelse, vil det kunne være et hinder for den praktiske gjennomføringen av inngrepet å først måtte gå veien om et rettsmøte. Gjennom å åpne for at påtalemyndighetene kan bestemme over gjennomføringen av inngrep i saken, fravikes prinsippet om at en egen nøytral part skal fatte avgjørelsen. Dette innebærer derimot ikke at påtalemyndigheten kan gå fritt frem, lovens øvrige vilkår må være oppfylt for at gjennomføring kan finne sted. Det er likevel et mulig problem at beslutningen mister noe av sin nøytralitet når den flyttes fra retten til påtalemyndigheten, men dette framstår som en nødvendig ulempe for at bestemmelsen skal ha en større praktisk effekt.

Både spørsmålet om legemsundersøkelsen skal foretas, og hvilken undersøkelsesmetode som skal anvendes, må da avgjøres av retten eller påtalemyndigheten. Det foreligger ikke en positiv regulering av hvilke undersøkelsesmetoder som er aktuelle i strprl. §157. Det foreligger dog noe veiledning i påtaleinstruksen §10-5, som i utgangspunktet regulerer hvilket personell som skal gjennomføre de forskjellige undersøkelsene, se punkt 3.4.3.4.2. Forholdet mellom undersøkelsesmetode og den konkrete mistenkte handlingen vil være sentralt, og dette vil jeg komme grundig tilbake til ved flere anledninger.

Selve gjennomføringen av den innvendige legemsundersøkelsen, er underlagt regulering i strprl. §§157 og 159, samt påtaleinstruksens §§ 10-5 og 10-6. Straffeprosesslovens §159 fastslår at inngrepet skal gjennomføres på en så hensynsfull måte som mulig. Påtaleinstruksen tar sikte på å minske undersøkelsens krenkende karakter, og omfatter blant annet en begrensning på hvem som kan delta på gjennomføringen av undersøkelsen, både etter antall og kjønn, samt hvor undersøkelsen skal finne sted. Videre vil den konkrete gjennomføringen måtte holde seg innefor de grensene som følger av strprl. §157 og EMK.

## **2 Hensynene bak konflikten mellom rettighet og inngrep**

Ved gjennomføringen av legemsundersøkelser av mistenkte kriminelle vil vi stå overfor en prinsipiell motstrid mellom vern av den personlige frihet og inngrep i denne. Jeg vil nå se på noen av de hensynene som står på hver sin side av konflikten. I hovedsak vil de to motstridene hensynene være vernet av den personlige friheten, og behovet for å gjøre inngrep i denne friheten for å bekjempe kriminalitet. Vi står altså overfor en konflikt mellom det private og det kollektives interesse. Det private individet vil ha interesse i at adgangen til inngrep i privatlivet er begrenset, mens den offentlige ordensmyndigheten, representert blant annet av politiet, vil ønske å ha adgang til å gjennomføre inngrep de finner nødvendig for å sikre samfunnet. På hver side av konflikten vil det stå flere hensyn, og jeg vil ta for meg tre av dem. Vernet av den personlige frihet vil ha støtte i hensynene om beskyttelse mot myndighetsovergrep, vernet av den svakere part i konflikten og vernet mot selvinkriminering. De tre hensynene som støtter opp om myndighetenes adgang til å foreta inngrep vil være hensynet om å oppnå et tryggere samfunn, hensynet om myndighetenes erverv av ulovlige objekter, og hensynet om å oppnå korrekt domfellelse.

### **2.1 Vernet av den personlige frihet**

Selvbestemmelsesretten er som nevnt grunnleggende i vår menneskelige natur, og danner grunnlaget for vernet av personlig frihet og fysiske integritet. Når myndighetene ønsker å foreta en innvendig legemsundersøkelse, vil vernet av den personlig frihet og fysiske integritet bli satt på spissen ettersom inngrepet vil bli gjennomført på særlig private kroppsområder, enten det vil være snakk om underlivet, kroppens hulrom eller ved bruk av avførings- eller brekkmiddel. Dette medfører at når et slikt inngrep i den fysiske integritet skal kunne aksepteres, må formålet bak inngrepet være både ønskelig og tungtveiende. Formålet, bekjempelsen av narkotikakriminalitet, vil framstå som særlig viktig ettersom dette problemet både medfører personlig skade for misbrukerne og kan lede til annen kriminalitet. Dette innebærer dog ikke at myndighetene kan få frie tøyler til å anvende de metodene de selv finner ønskelig for å bekjempe problemet. Det som kan oppnås med inngrepet vil måtte avveies mot den krenkelsen som oppstår.

Det første hensynet som taler for en streng regulering av myndighetenes adgang til å gjøre inngrep i den personlige frihet er individets vern mot myndighetsovergrep. Gjennom en grundig lovgivning av inngrepsadgangen vil lovgiver kunne utelukke rene myndighetsovergrep, samtidig som reguleringen vil bidra til å sikre at inngrep kun forekommer når det foreligger et tilstrekkelig tungtveiende behov. Denne fremgangsmåten må dog balansere imot hensynet til å gi myndighetene de nødvendige virkemidlene de trenger for å effektivt kunne oppnå sitt formål, og reguleringen kan dermed ikke være for restriktiv.

Dette har sammenheng med det andre hensynet som støtter opp om vernet av den personlige friheten. Personen som blir utsatt for inngrepet vil ofte kunne være den svake part i konflikten, og dermed kunne være uten tilstrekkelig kunnskap om sine rettigheter. Dette kan avhjelpes gjennom å skape klare grenser i inngrepshjemmelen, og opplyse mistenkte om sin mulighet til å få etterprøvd både vedtagelsen og gjennomføringen av legemsinngrepet. Dette vil igjen kunne føre til at de konsekvensene som vil oppstå ved eventuelle overgrep virker preventivt overfor myndighetene og de som gjennomfører inngrepet.

Det tredje hensynet som taler for en streng regulering av adgangen til å foreta legemsundersøkelser, oppstår etter at undersøkelsen er fullført. Dersom politimyndighetene finner en pakke narkotika i mistenktes kropp, vil den påfølgende bruken av pakken som bevis i straffesaken mot mistenkte kunne medføre et brudd på mistenktes rett til å forholde seg taus i rettssaken. Dette følger av forbudet mot selvinkriminering, som bygger på prinsippet om at personen som er mistenkt for å begå en kriminell handling ikke skal være tvunget til å bidra til sin egen domfellelse. Det vil være påtalemyndighetens oppgave å sørge for at det foreligger tilstrekkelig bevis til å oppklare saken og få tiltalte dømt. Dersom det ikke foreligger nok bevis for å fastslå at mistenkte begikk handling, bør det ikke reises sak for retten ettersom mistenkte er uskyldig inntil det motsatte er bevist. Blir mistenkte eksempelvis underlagt en tvungen legemsundersøkelse vil han ikke lenger ha noen

mulighet til å forholde seg taus om hva han har gjort eller oppbevarer i sin kropp. Dette ble særlig drøftet i Jalloh dommen.<sup>16</sup>

## 2.2 Myndighetenes behov for å gjøre inngrep i den personlige frihet

Retten til personlig frihet kan dog ikke være absolutt, det vil foreligge flere hensyn som gjør det nødvendig med en adgang til å gjøre inngrep i denne rettigheten. Hovedgrunnlaget for dette vil være det allmenne ønsket om et trygget samfunn. Dette ønsket må kunne sies å være nærmest universalt, og for å oppnå dette har de offentlige myndighetene fått i oppgave å forhindre og bekjempe kriminalitet. I søken på å oppnå et tryggere samfunn vil legemsundersøkelser være en nødvendig onde for å oppnå et større formål.

Det første hensynet som taler for myndighetenes adgang til å gjøre inngrep i den personlige frihet, er at for å oppnå målet om et tryggere samfunn vil det være nødvendig at myndighetene har en viss fullmakt til å kunne gjennomføre de tiltakene som de finner nødvendig for å oppfylle sin oppgaver. Nødvendigheten for å gjennomføre legemsundersøkelser av mistenkte kan belyses ved å se på alternativet, altså dersom det ikke forelå adgang til å kontrollere innholdet i mistenkes kropp.

Uten slik adgang til å gjøre inngrep, ville svelging og annen innvendig oppbevaring av narkotika være en enkel framgangsmåte for kriminelle som vil skjule sine varer, enten de skal krysse landegrenser eller omsette stoffet på gatenivå. Dermed ville andelen av kriminelle som unndrar seg straffeforfølgning kunne øke, hvilket igjen kan medføre at forekomsten av narkotikakriminalitet øker og trusselen om straff vil miste noe av sin preventive effekt. Etterforskning og straffeforfølgning er avhengig av å kunne gjennomføres med tvangsmidler for å være effektiv, og dette vil virke avskrekkende overfor både aktive og fremtidige kriminelle.

---

<sup>16</sup> Se Case of Jalloh v. Germany, avsnitt 100.



Det andre hensynet som taler for myndighetens adgang til å foreta legemsundersøkelse av mistenkte forutsetter at mistenkte faktisk skjuler noe i kroppen. Dersom han gjør dette, vil myndighetens mulighet til å erverve dette objektet kunne være avgjørende i den konkrete saken, både for å fjerne narkotika fra markedet og for å kunne anvende det skjulte objektet som bevismiddel i saken. Ettersom fri bevisførsel er et grunnleggende prinsipp i norsk rett, vil utgangspunktet være at myndighetene har adgang til å benytte seg av et eventuelt resultat fra legemsundersøkelsen i retten.

Det kan dog oppstå en begrensning i adgangen til å anvende resultatet av legemsundersøkelsen i retten dersom lovens regler ikke blir fulgt under gjennomføringen av undersøkelsen. Da vil bevisbruken kunne stride mot forbudet mot bevis som er ervervet på utilbørlig måte.<sup>17</sup> Vi kan anta at objekter som er ervervet gjennom legemsundersøkelser også ved mindre regelbrudd vil kunne anvendes som bevis i saken, med mindre inngrepet ble gjennomført uten å oppfylle flere av lovens krav eller på en særlig krenkende måte.<sup>18</sup>

Adgangen til å benytte resultatet av legemsundersøkelsen i retten kan også sees i sammenheng med det tredje hensynet som taler for adgang til å gjennomføre legemsinngrep, hensynet til korrekt domfellelse. Dersom legemsundersøkelsen påviser at mistenkte er skyldig i eksempelvis narkotikakriminalitet, vil konkrete egenskaper ved stoffet (som styrke og kvantum) være avgjørende for den straffen retten vil idømme, jfr. straffeloven §162, 2. ledd. Dersom det ikke forelå adgang for myndighetene til å gjennomføre legemsundersøkelsen ville det være svært vanskelig for retten å gi mistenkt (nå siktede) en korrekt dom etter hva han faktisk oppbevarte i kroppen.

---

<sup>17</sup> Se eksempelvis *Hov: Rettergang I*, Studentutgave, Oslo 2008, s. 309.

<sup>18</sup> Se bl.a. *Torgersen: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 1. utgave, Oslo 2009, s. 385-386.

Dette vil altså være noen av de hensynene som ligger bak adgangen til å foreta legemsundersøkelser, og de som verner den personlige friheten. Jeg vil nå gå over til å ta for meg de konkrete kravene som legemsundersøkelsen er nødt til å oppfylle for at inngrepet i mistenktes kropp skal være i samsvar med den gjeldende lovgivning.

### **3 Rettslige krav for å gripe inn i retten til personlig frihet**

Fordi strprl. §157 åpner for å gjøre inngrep i den personlig friheten, må både hjemmelen og undersøkelsen oppfylle visse krav som følger av integritetsvernet i straffeprosessloven og EMK, bl.a. art. 8. Disse kravene må oppfylles for at undersøkelsen ikke skal medføre brudd på loven og konvensjonen.

En slik kroppslig undersøkelse dekkes av EMK art. 8, fordi artikkelen verner om ”privatlivet”. Bestemmelsen dekker også det kroppslige aspektet ved privatliv, den fysiske integritet, som vil være en rett til ikke å bli utsatt for inngrep i sin kropp. Dette er fastsatt i saken *X & Y v. The Netherlands*.<sup>19</sup>

EMK art. 8. inneholder ikke bare et vern av privatlivet, den gir også myndighetene en viss adgang til å gjennomføre inngrep som kan krenke individets privatliv. I artikkelens 2. ledd stilles det tre grunnleggende krav som må oppfylles for at dette inngrepet skal være i samsvar med konvensjonen. Inngrepet må ha en tilstrekkelig hjemmel (*”in accordance with the law”*), det må være nødvendig å gjennomføre (*”is necessary in a democratic society”*), og det må søke å oppnå et ønskelig formål (*”for the prevention of disorder or crime.”*).

De tre kravene skal sørger for at inngrepet i privatlivet har en tilstrekkelig rettslig basis, samtidig som inngrepet skal bidra til å oppnå en positiv effekt. Dette vil som et utgangspunkt være i samsvar med tre sentrale vilkår som følger av strprl. §157; kravet om

---

<sup>19</sup> Se Case of *X & Y v. The Netherlands*, avsnitt 22.

tilstrekkelig hjemmel eksistere som følge av lovens forbud mot inngrep overfor legemet, kravet om ønskelig formål følger av det lovfestede formålet i strprl. §157, og kravet om nødvendighet følger av strprl. §157 grense mot uforholdsmessige inngrep. Jeg vil nå se nærmere på disse tre kravene i forhold til vedtagelsen og gjennomføringen av innvendige legemsundersøkelser, og da særlig ved mistanke om narkotikakriminalitet.

### 3.1 Kravet om hjemmel for inngrepet

EMK art. 8 fastsetter i annet ledd at inngrepet i artikkel 8 må ha en hjemmel. En angivelse av det konkrete innholdet i hjemmelskravet finner vi blant annet i EMD sin avgjørelse i saken Kopp v. Switzerland:

*”The expression “in accordance with the law”, within the meaning of Article 8 § 2, requires firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law.”<sup>20</sup>*

EMD stiller her tre nærmere krav til hjemmelens eksistens og dens kvalitative innhold; hjemmelen må eksistere i nasjonal lovgivning, den må være tilgjengelig, og den må være av en slik karakter at subjektet kan forutse sin rettslige stilling, sagt med andre ord, hjemmelen må være klar. Disse tre kravene antas å være i samsvar med de kravene hjemmelen må oppfylle etter legalitetsprinsippet i norsk rett, for å kunne danne grunnlaget for inngrep i den private rettsfære.<sup>21</sup> Legalitetsprinsippet går imidlertid noe lenger, da det krever at inngrepet må ha hjemmel i, eller være i medhold av, formell lov.

---

<sup>20</sup> Se Case of Kopp v. Switzerland, avsnitt 55.

<sup>21</sup> Se *Andenæs og Fliflet: Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2006, s. 230.

### 3.1.1 Kravet om hjemmel med basis i nasjonal lovgivning

Det første kravet som hjemmelen for inngrepet må oppfylle er at den må ha sin basis i nasjonal lovgivning. Dette følger både av EMD sin forklaring av hjemmelskravet i saken *Klopp v. Switzerland* og straffelovens forbud mot fysiske krenkelser. Legemsinngrepets hjemmel i strprl. §157 har status som formell norsk lov, og oppfyller åpenbart EMD sitt krav om basis i nasjonal lovgivning. Gjennom sin status som formell lov har hjemmelen også samme rettskildemessige vekt som de aktuelle bestemmelsene i straffeloven, hvilket innebærer at dersom myndighetene gjennomfører undersøkelsen i samsvar med strprl. §157 vil den ikke være et straffbart inngrep, men en lovlig tjenestehandling.

### 3.1.2 Kravet om tilgjengelighet av hjemmelen

Strprl. §157 sin status som formell lov innebærer også at hjemmelen oppfyller kravet om tilgjengelighet, ettersom hjemmelen vil være offentlig publisert og tilgjengelig for alle. Det vil heller ikke oppstå noe problem vedrørende strprl. §157s rolle i nasjonal lovgivning, ettersom hjemmelen vil være tilgjengelig på samme måte som forbudene i straffeloven.

### 3.1.3 Klarhetskravet til hjemmelen

Videre følger det av hjemmelskravet at den aktuelle hjemmelen må ha et innhold som gjør at subjektet kan forutse sin rettslige stilling, hvilket vil si at innholdet i hjemmelen må være tilstrekkelig klart. Dette kravet vil være av en mer omfattende karakter enn de to øvrige kravene som retter seg mot hjemmelen, og vil trenge en noe grundigere gjennomgang.

Klarhetskravet følger som nevnt både av EMD sin tolkning av hjemmelskravet i EMK art. 8. 2. ledd, samt at det følger av det ulovfestede legalitetsprinsippet i norsk rett. Er lovhjemmelen svært generell eller uklar, vil den ikke være tilstrekkelig til å danne grunnlag for inngrep i den personlige frihet. Dette bygger på en tankegang om at individet må muligheten til å sette seg inn i reguleringen og kunne forholde seg til det gjeldende regelverket. Et godt eksempel på anvendelsen av klarhetskravet finner vi i EMD sin sak *Lambert v. France*, som gjaldt franske myndigheters overvåkning av private

telefonsamtaler. Spørsmålet var om det forelå tilstrekkelig klar regulering av dette inngrepet i den nasjonal lovgivningen:

*”The Court considers (...) that Articles 100 et seq. of the Code of Criminal Procedure, inserted by the Law of 10 July 1991 on the confidentiality of telecommunications messages, lay down clear, detailed rules and specify with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities”*<sup>22</sup> (Min utheving.)

EMD foretar her en konkret vurdering av det relevante nasjonale regelverket, og finner at reguleringene holder slik høy standard at inngrepet har tilstrekkelig hjemmel, og dermed oppfyller kravene som følger av EMK art. 8, 2 ledd. Klarhetskravet har også kommet til uttrykk i norsk rettspraksis. Et eksempel på dette finner vi i Ytterbøe saken<sup>23</sup>, hvor Høyesterett vurderte hjemmelsgrunnlaget for beskatning:

*”Den lovforståelse som staten her hevder, er således verken i loven eller dens forarbeider kommet til uttrykk med den klarhet som må kreves for at skatteyderne skal kunne innrette seg etter regelverket”* (Min utheving.)

Klarhetskravet er et kvalitativt krav til hjemmelen, og skiller seg sådan fra kravene om nasjonalt grunnlag og tilgjengelighet. Kravet retter seg mot hjemmelens konkrete ordlyd. Graden av klarhet som forventes av hjemmelen vil være relativt i forhold til det aktuelle inngrep, og det vil være avgjørende hvor tyngende et inngrep vil være for subjektet.<sup>24</sup>

I forhold til gjennomføringen av innvendige legemsundersøkelser etter strprl. §157 er det klart at undersøkelsen vil måtte kategoriseres som et svært tyngende inngrep. I saken Jalloh v. Germany subsumerte EMD den tvangsmessige legemsundersøkelsen Jalloh ble utsatt for

---

<sup>22</sup> Se Case of Lambert v. France, avsnitt 28.

<sup>23</sup> Se Rt. 1990 s. 1293. s. 1298.

<sup>24</sup> Dette kommer også til uttrykk i Case of Malone v. The United Kingdom, avsnitt 68.

under art. 3, vernet mot tortur og ydmykende behandling. Dette vernet står svært sterkt i konvensjonen, ettersom myndighetene ikke i noe tilfelle vil kunne gjøre inngrep i denne rettigheten.<sup>25</sup> EMD sitt resonnement og subsumpsjon i denne saken tilsier at også mindre inngripende legemsundersøkelser enn den som ble gjennomført overfor Jalloh må underlegges et strengt klarhetskrav, ettersom EMD synes å betrakte krenkelser av den fysiske integritet som alvorlig.

### 3.1.3.1 Særlig klarhetskrav til diskresjonære hjemler

En viktig karakteristikk ved hjemmelen i strprl. §157 er at den er av en diskresjonær karakter. I Malone saken uttaler EMD hvordan klarhetskravet utspiller seg i forhold til myndighetsutøvelse i diskresjonære hjemler:

*”(...) the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, **having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference**”* (Min utheving.)

EMD fastslår her at det avgjørende aspektet ved klarhetskravet for diskresjonære hjemler, er at hjemmelens innhold ivaretar individets rettssikkerhet (*”adequate protection against arbitrary interference”*). Dette må hjemmelen gjøre ved å sørge for at inngrepet begrunnes i et angitt formål, og ved å sikre at individet ikke underlegges vilkårlige inngrep. Vernet av individets rettssikkerhet går blant annet ut på at myndighetene ikke kan gjøre inngrep overfor individer etter eget skjønn. Strprl. §157 må dermed angi inngrepets formål med tilstrekkelig presisjon, som igjen fører til at individet blir beskyttet fra tilfeldige og vilkårlige inngrep etter hjemmelen.

---

<sup>25</sup> Se Case of Jalloh v. Germany, avsnitt 69.

#### 3.1.3.1.1 Kravet om tilstrekkelig klart formål

Kravet om tilstrekkelig klart formål i diskresjonære hjemler kan fremstå som noe problematisk i forhold til vår hjemmel for inngrep. Etter strprl. §157 kan en legemsundersøkelse gjennomføres ”når det antas å være av betydning for opplysningen av saken”. Her inneholder hjemmelen to ord som kan framstå som uklare.

Når noe ”antas” å foreligge vil måtte bero på en konkret vurdering av hendelsene i saken, og vurderingen vil være subjektiv etter hvem som fatter avgjørelsen. Dette har en nær sammenheng med at hjemmelens formål ikke kan sette en helt konkret grense for når undersøkelsen sies å oppnå formålet, ettersom bestemmelsen er oppbygget som en diskresjonær hjemmel som må åpne for at myndigheten selv kan foreta en vurdering av sakens omstendigheter. Dette medfører at det er myndigheten som behandler den konkrete saken som må avgjøre hvorvidt undersøkelsen skal antas å være av betydning for oppnåelsen av formålet. Dermed kan det være vanskelig for mistenkte å vite akkurat når en legemsundersøkelse vil antas å oppklare mistankespørsmålet, og han kan være i uvisshet om det i hans sak foreligger tilstrekkelig rettslig grunnlag for det inngrepet han blir utsatt for.

Videre er det ikke helt klart når det kan sies at undersøkelsen er av ”betydning” for opplysningen av saken. Ordet betydning tilsier at undersøkelsens resultat må bidra med noen konkret, og må kunne påvirke utfallet av saken, men ordet gir oss ingen klar angivelse av hvor viktig resultatet av undersøkelsen skal være for å oppfylle lovens formål.

I forhold til legemsundersøkelsens overordnede formål, å oppklare mistankespørsmålet i saken og eventuelt sørge for domfellelse, vil dog formålsbestemmelsen i strprl. §157 være klar. Det er ikke uklart hva som ønskes oppnådd når myndighetene vedtar gjennomføringen av undersøkelsen, og dette overordnede formålet vil senere underlegges en egen vurdering. Men lovens angivelse av når de konkrete omstendighetene som gjør at undersøkelsen antas å oppnå sitt formål foreligger, er i strprl. §157 noe uklar. Dette kan være problematisk i forhold til det strenge klarhetskravet i EMD art. 8, 2. ledd

### 3.1.3.1.2 Kravet om tilstrekkelig beskyttelse mot vilkårlige inngrep

Klarhetskravets krav om at hjemmelen skal beskytte mot vilkårlige myndighetsinngrep innebærer ikke at hjemmelen forventes å inneholde en uttømmende regulering av samtlige hendelsesforløp som åpner inngrep. Hjemmelen må derimot være av en slik karakter at individet ikke kan bli underlagt inngrep som ikke har tilstrekkelig grunnlag i hjemmelens formål og ordlyd. Strprl. §157 inneholder ikke en konkret angivelse av hvilke faktiske omstendigheter som vil føre til legemsinngrep, utover at det må foreligge mistanke og en kriminell handling som kan frihetsstaff:

*”Den som med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan underkastes kroppslig undersøkelse (...) og ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep.”*

Denne utformingen må så sees i sammenheng med den forholdsmessighetsbegrensningen som er inkludert i hjemmelen, og som vil spille en viktig rolle i å forhindre vilkårlige inngrep. Dersom vi ser denne forholdsmessighetsvurderingen i sammenheng med selve formålet bak klarhetskravet, å verne mot vilkårlige inngrep, ser vi at forholdsmessighetsvurderingen vil bidra til nettopp dette. Et inngrep som eksempelvis ikke har klar sammenheng med lovens formål, hvor det foreligger et særlig svakt grunnlag for å anta at undersøkelsen vil bidra til sakens opplysning, vil undersøkelsen sannsynligvis være i strid med forholdsmessighetsprinsippet og dermed være utelukket. Videre vil de terskelkravene som er inkludert i loven, som kravet om skjellig grunn til mistanke, bidra til å sørge for at inngrep ikke blir gjennomført overfor tilfeldige personer som ikke har den tilstrekkelige tilknytningen til saken.

Oppsummerende kan vi fastslå at til tross for at den diskresjonære hjemmelen i strprl. §157 ikke inneholder en helt konkret angivelse av hvilke omstendigheter som vil føre til gjennomføring av legemsundersøkelser, inneholder loven flere vilkår og krav, da særlig forholdsmessighetskravet, som verner om individets rettssikkerhet. Videre framstår reguleringen av formålet i strprl. §157 som noe uklar, da det kan være uvisst når



undersøkelsen skal sies å oppfylle formålskravet. Formålet i seg selv, å bidra til oppklaringen av mistanken i saken, er dog helt klart og følger direkte av hjemmelen. En samlet vurdering av disse momenter vil kunne medføre at hjemmelen oppfyller klarhetskravets nærmere vilkår om å angi inngrepets formål og verne individet mot vilkårlige inngrep. Dette vil igjen medføre at strprl. §157 er i samsvar med det overordnede hjemmelskravet som følger av EMK art. 8, 2. ledd og det ulovfestede legalitetsprinsippet.

### 3.2 Kravet om oppnåelse av rettslige terskler i strprl. §157

Vi har nå vurdert legemsundersøkelsens hjemmel imot hjemmelskravet som må oppfylles for at inngrepet skal ha et tilfredsstillende rettslig grunnlag. De neste kravene vi vil ta for oss, er de som følger direkte av strprl. §157. Disse knytter seg til de faktiske omstendighetene ved den konkrete situasjonen og den mistanken som rettes mot personen. Ettersom dette er krav som følger direkte av strprl. §157, vil det ikke foreligge en tilsvarende regulering i EMK.

Strprl. §157 inneholder tre konkrete krav som må oppfylles for at legemsundersøkelsen skal kunne gjennomføres; det må foreligge skjellig grunn til mistanke, den kriminelle handlingen som mistenktes må kunne medføre fengselsstraff, og legemsundersøkelsen må være av en slik karakter at den antas å bidra til sakens opplysning. Disse tre kravene medfører at både mistanken, den kriminelle handlingen, og resultatet av undersøkelsen må være av en viss alvorlighetsgrad før legemsundersøkelsen kan gjennomføres. Sammen med forholdsmessighetsvurderingen i loven bidrar disse rettslige tersklene til å avgrense anvendelsesområdet for legemsundersøkelsen.

#### 3.2.1 Skjellig grunn til mistanke

Det første vilkåret som må oppfylles før legemsundersøkelsen kan gjennomføres etter strprl. §157, er at det må foreligge skjellig grunn til mistanken om at personen har gjennomført den kriminelle handlingen. Terskelen for inngrep settes her på ”skjellig grunn”. Ordet skjellig er noe gammeldags, og ble i sin tid tolket å bety forstandig eller

klar.<sup>26</sup> I dag foreligger skjellig grunn til mistanke når det er større sannsynlighet for at subjektet har begått handlingen, enn det er for at han ikke har begått handlingen, altså sannsynlighetsovervekt.<sup>27</sup>

Ved mistanke om handlinger som vil medføre innvendig legemsundersøkelse av mistenkte, vil det være opp til beslutningsmyndigheten i saken å vurdere hvorvidt det foreligger skjellig grunn til mistanken om at subjektet har svelget narkotika, eller på annen måte oppbevarer illegale stoffer i kroppen. Eksempelvis vil det kunne foreligge skjellig grunn til mistanke når en politimann observere at mistenkte putter en liten pakke i munnen, eller dersom en toller får en rapport fra utenlandske myndigheter om at mistenkte vil forsøke å smugle stoff over grensen. Mistanken vil bygge på konkrete faktiske omstendigheter ved handlingen, eksempelvis et vitnes troverdighet, mistenktes tidligere kriminelle historikk eller konkrete oppførsel, og den vil måtte være av objektiv karakter. Det vil alltid være en konkret helhetsvurdering av den faktiske situasjonen som vil være avgjørende for hvorvidt mistanketerskelen i loven vurderes oppfylt.

### 3.2.2 En handling som kan medføre frihetsstraff

Den neste terskelen som følger av strprl. §157 og som må oppfylles for at legemsundersøkelsen kan finne sted, er at den mistenkte kriminelle handlingen er av en slik alvorlighetsgrad at en domfellelse vil medføre frihetsstraff, altså fengsling. Loven stiller ikke nærmere krav til lengden av fengslingen, men avgrenser nedover mot eksempelvis bøter og samfunnstjeneste.

Det vil være den abstrakte øvre strafferamme, altså hva retten har adgang til å idømme, som vil bli målt imot terskelen i strprl. §157.<sup>28</sup> Det vil ikke være avgjørende hva som kan

---

<sup>26</sup> Se NOU 2004: 6, ”Mellom effektivitet og personvern”, avsnitt 6.2.1.

<sup>27</sup> Dette er eksempelvis fastsatt i en kjennelse fra Høyesteretts Kjæremålsutvalg, Rt. 1993 s. 1302. Også bekreftet i relasjon til anvendelsen av strprl. §157, eksempelvis av Frostating Lagmannsrett, i en kjennelse avsagt 12.11.07, LF-2007-180725.

ventes pådømt i det konkrete tilfellet. Ser vi dette sammen med straffelovens §162, som regulerer narkotikakriminalitet, ser vi at strafferammen i første ledd er følgende:

*”Den som ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som etter regler med hjemmel i lov er ansett som narkotika, straffes for narkotikaforbrytelse med bøter eller med fengsel inntil 2 år”*

Loven fastslår altså at personer dømt for en av de nevnte handlingene kan straffes enten gjennom bøter eller fengselsstraff på inntil 2 år. Det følger videre av strl. §162, 3. ledd at grov narkotikakriminalitet vil straffes strengere. Ettersom terskelkravet i strprl. §157 bygger på den abstrakte strafferammen, vil brudd på strl. §162 passere denne terskelen ettersom det kan straffes med fengsel på inntil 2 år, og lengre ved graverende omstendigheter. Anvendelsen av den abstrakte strafferammen i strl. §162 kan framstå som noe problematisk i forhold til terskelkravet, ettersom loven også åpner for at den kriminelle handlingen kan straffes med bøter. Dette vil typisk forekomme dersom det er tale om små mengder narkotika. Ser vi for oss at mistenkte, i panikk over at han har blitt observert av politiet, velger å svelge pakken med narkotika han har på seg, vil dette kunne dreie seg om små mengder narkotika. Oppbevaring av relativt små mengder narkotika kan innebære bøtestraff alene. Et konkret eksempel på dette finner vi i Høyesteretts avgjørelse av 2009, hvor siktede ble idømt 6000 kr. i bot for innførsel av 3,9 gram cannabis.<sup>29</sup>

Dersom mistenkte er i besittelse av små mengder narkotika, vil han altså kunne bli idømt en ren bøtestraff, men i prinsippet likevel kunne underlegges en innvendig legemsundersøkelse. Politimyndigheten vil med sjeldenhet være i stand til å fastslå stryken eller den eksakte mengden på stoffet mistenkte oppbevarer i kroppen før en undersøkelse er gjennomført, og dermed vil det være vanskelig for politimyndighetene å avgrense mot mindre alvorlige brudd på strl. §162. Vi kan dog bemerke oss at dersom politimyndigheten

---

<sup>28</sup> Se NOU 2004: 6, ”Mellom effektivitet og personvern”, avsnitt 6.2.2.

<sup>29</sup> Se Rt. 2009 s.1551.

hadde grunn til å tro at det i den konkrete sak var tale om svært små mengder narkotika, eksempelvis fordi de grundig observerte pakken som ble svelget, og likevel velger å gjennomføre en innvendig legemsundersøkelse, vil dette kunne innebære et brudd på forholdsmessighetskravet i strprl. §157. Jeg vil komme tilbake til dette i punkt 3.4. I et slikt tilfelle vil gjennomføringen av legemsundersøkelsen også kunne medføre brudd på EMK, som følge av utilstrekkelig grunnlag for å gjøre inngrep i vernet av privatliv etter EMK art. 8.

### 3.2.3 Antas å bidra til opplysning av saken

Det siste terskelkravet som følger av strprl. §157 er at legemsundersøkelsen må antas å bidra til sakens opplysning. Kravet knytter seg til resultatet av legemsundersøkelsen, som må bidra til å oppklare mistankespørsmålet som rettes mot den aktuelle personen. Innledningsvis må vi klargjøre at vi i dette punktet ikke skal gjøre en nærmere vurdering av innholdet i selve formålet med undersøkelsen, men fastslå når de faktiske omstendighetene i saken oppfyller den terskelen som stilles i strprl. §157. Dette skiller seg også fra vurderingen av formålets klarhet, som vi foretok i punkt 3.1.3.1.1.

Strprl. §157 stiller krav om at undersøkelsen skal ”*antas å bidra til sakens opplysning*”. Etter lovens utforming foreligger det ikke krav om at undersøkelsen absolutt er nødt til å bidra til sakens opplysning, men det må kunne antas at den vil gjøre dette. Når noe antas åpnes det også for at resultatet ikke vil forekomme. Til sammenligning er ordlyden ”antas” mindre streng enn det høyere kravet om å være av ”vesentlig betydning” for sakens oppklaring, som eksempelvis forekommer i strprl. §216 c.

Med ordlyden ”antas å bidra til” setter terskelen et relativt lavt krav for hvilket resultat som skal oppnås med legemsundersøkelsen, men det må fortsatt foreligge en viss faktisk sammenheng mellom legemsundersøkelsen og den mistenkte handlingen for at terskelen skal være oppnådd. Å ta utgangspunkt i en slik sammenheng vil være ønskelig også for myndighetene som gjennomfører undersøkelsen, ettersom de ønsker å oppnå anvendbare resultater. Den faktiske sammenhengen vil ta utgangspunkt i hvilken kriminelle handling

som er mistenkt begått. Dersom myndighetene har skjellig grunn til å mistenke at personen smugler narkotika i underlivet, vil det forutsettes at den innvendige legemsundersøkelsen blir gjort på nettopp dette kroppslige området. Da vil også det terskelkravet om at undersøkelsen skal antas å bidra til oppklaringen av mistankespørsmålet sannsynligvis være oppfylt.

Vi ser altså at strprl. §157 inneholder tre rettslige terskler som setter nærmere krav til graden av mistanke, alvorlighetsgraden av den mistenkte handlingen og graden av resultatets anvendbarhet. Disse tersklene vil bidra til å forsikre at inngripende tiltak som legemsundersøkelser kun blir gjennomført når det foreligger tilstrekkelig grunn, og dersom undersøkelsen kan gi anvendbare resultater.

### 3.3 Krav rettet mot formålet for inngrepet

Hittil har vi fastslått at for å kunne gjennomføre en innvendig legemsundersøkelse må det foreligge en rettslig hjemmel som må oppfylle visse nærmere krav. Denne hjemmelen inneholder så tre rettslige terskler som begrenser adgangen til å vedta inngrep. Det neste kravet som må oppfylles, er at inngrepet må gjennomføres for å oppnå et ønskelig formål.

Dette kravet følger både av strprl. §157, som fastslår at legemsundersøkelsen må gjøres for å bidra til sakens opplysning, og av EMK art. 8 2. ledd, som krever at inngrepet i retten til privatliv skal begrunnes i et av de nærmere angitte formålene som er inkludert i artikkelen. EMK art. 8, 2. ledd inneholder en liste med fem formålskategorier, som legemsundersøkelsen må kunne subsumeres under. Til sammenligning foreligger det kun ett aktuelt formål i strprl. §157. Dette har sin forklaring i at strprl. §157 har et mye snevrere anvendelsesområde, den retter seg kun mot gjennomføringen av legemsundersøkelser, mens EMK art. 8, 2. ledd regulerer samtlige statlige inngrep i individets privatliv.

Vi vil nå foreta en utredning av det nærmere innholdet i dette formålskravet, som også vil ha en nær sammenheng med formålets funksjon som rettslig terskel.

### 3.3.1 Formålskravet i straffeprosessloven §157

Reguleringen av formålet med legemsinnngrepet i strprl. §157 retter seg mot den konkrete legemsundersøkelsen, og bygger på prinsippet om at resultatet av undersøkelsen må være av en viss kvalitativ standard for at undersøkelsen kan finne sted.

Strprl. §157 forutsetter at undersøkelsen skal *”antas å være av betydning for opplysningen av saken”*. Hva vi kan legge i ordlyden *”antas”* tok vi for oss i punkt 3.2.3, hvor vi fastslo at terskelen ligger nokså lavt for hvilke faktiske tilfeller som vil *”antas”* å bidra til sakens opplysning. Dette setter skranken for hvilke konkrete undersøkelser som kan oppfylle formålskravet, men det som vil være definerende for selve innholdet i formålskravet er ordlyden *”opplysningen av saken”*.

Med å henvise til *”saken”* sikter bestemmelsen til den aktuelle kriminelle handlingen og mistankespørsmålet som knytter seg til denne. Det avgjørende momentet for om legemsundersøkelsen vil være i samsvar med formålskravet er dermed hvorvidt undersøkelsen kan antas å bidrar til å opplyse mistankespørsmålet, eksempelvis ved å avklare hvorvidt mistenkte faktisk har smuglet narkotika over landegrensen.

Et eksempel på en situasjoner hvor legemsundersøkelsen oppfylte sitt formål ved å bidra til å besvare mistankespørsmålet finner vi i en kjennelse fra Høyesteretts Kjæremålsutvalg<sup>30</sup>, hvor retten uttalte dette i relasjon til gjennomføringen av legemsundersøkelse i form av en DNA analyse av mistenke:

*”Det er et vilkår for å bli underkastet slik kroppslig undersøkelse som straffeprosessloven § 157 første ledd omhandler, at ”det antas å være av betydning for opplysningen av saken”. Etter at lagmannsretten i kjennelsen opplyser at politiet har sikret ”ting fra gjerningsstedet”, gis det uttrykk for at kravet ”må antas oppfylt ved at politiet etter det opplyste har sikret seg ting som nevnt. Lagmannsretten tilføyer at noe krav til*

---

<sup>30</sup> Se Rt. 2004 s. 1222.

*sannsynlighetsovervekt for sakens opplysning oppstilles ikke.” Utvalget kan ikke se at lagmannsretten ved dette har tolket straffeprosessloven § 157 første ledd på en uriktig måte.”*

Politiet hadde her sikret seg gjenstander fra sakens åsted, og gjennom å ta en DNA analyse av mistenkte ville politiet kunne bekrefte at mistenkte hadde oppholdt seg på åstedet. Dette vill igjen bidra til å oppklare mistankespørsmålet. Her forelå det altså informasjon som bidro til opplysningen av saken.<sup>31</sup>

I en slik vurdering må vi også trekke inn de øvrige bevisene som foreligger i saken. Dersom myndighetene er i besittelse av bevis som kan antas å være tilstrekkelig for å avklare mistankespørsmålet uten at det behøves å gjennomføre en innvendig legemsundersøkelse, vil ikke legemsundersøkelsen bidra til sakens opplysning ettersom den allerede kan regnes som opplyst. Dette har nær sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen som undersøkelsen må underlegges etter strprl. §157, ettersom det dermed ikke foreligger et tilstrekkelig behov for å gjennomføre undersøkelsen. Hva som skal regnes som tilstrekkelig bevis for å få mistenkte dømt i retten, vil bero på en konkret avveining av bevissituasjonen i den foreliggende saken.

Vi må så undersøke hvorvidt det formålet som følger av strprl. §157 er i samsvar med de formålskategoriene som følger av EMK art. 8, 2. ledd.

### 3.3.2 Formålskravet i EMK art. 8, 2. ledd

Etter EMK art. 8, 2. ledd er adgangen til å gjøre inngrep i retten til privatliv betinget av at inngrepet har hjemmel i nasjonal lovgivning, og gjennom denne hjemmelen må inngrepet søke å oppnå et av de nærmere angitte formålene i artikkelen. Artikkelen inneholder fem formålskategorier, som alle har en nokså vid utforming:

---

<sup>31</sup> Se Rt. 2008, s.714 for et annet tilfelle.

*”There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society **in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.**”* (Min uthevning.)

Felles for alle kategoriene er at de har en nasjonal rekkevidde, det er alle formål som myndighetene ønsker å gjennomføre for å bedre samfunnet og forholdene for befolkningen. Problemet oppstår når myndigheten går så langt i gjennomføringen av sine tiltak at de krenker individer i søken på å bedre situasjonen for andre. I relasjon til innvendige legemsundersøkelser vil det passende formålet i art. 8, 2. ledd være *”for the prevention of disorder or crime”*, altså for å forhindre kriminalitet.

I forhold til bruken av legemsundersøkelser kan formålet om å forhindre kriminalitet både tolkes som en framgangsmåte hvor man forhindrer konkret innførsel av illegale stoffer, samt at gjennomføringen av legemsundersøkelsen og påfølgende straffeforfølgning vil ha en preventiv virkning og dermed forhindre fremtidig kriminalitet.

Spørsmålet som så oppstår er hvorvidt det lovfestede formålet i strprl. §157 vil omfattes av en av kategoriene i EMK art. 8, 2. ledd. De to formålene vil søke å oppnå det samme resultatet, et tryggere samfunn, gjennom å forhindre og bekjempe kriminalitet. Når legemsundersøkelsen forventes å bidra til en saks opplysning etter strprl. §157, vil gjennomføringen av rettssaken og domfellelse av mistenkte også bidra til å forhindre kriminalitet gjennom sin preventive effekt. I denne sammenhengen vil formålskravet i strprl. §157 fungere som en spesifisering av det mer generelle formålet i EMK art. 8, 2. ledd.

Dermed kan vi forutsette at formålskravet i strprl. §157 vil være i samsvar med kategoriene som følger av EMK art. 8, 2. ledd. Lovens formål om å oppklare mistanken i saken vil fungere som en konkretisering av det mer generelle formålet i EMK art. 8, 2. ledd om å



forhindre kriminalitet. For at den aktuelle legemsundersøkelsen skal oppfylle formålskravet som følger av strprl. §157, vil undersøkelsen måtte bidra med informasjon som kan avkrefte eller bekrefter mistankespørsmålet i den konkrete saken. Dette vil igjen være avgjørende for om mistenkte blir funnet skyldig av retten.

### 3.4 Kravet om proporsjonalitet mellom mål og middel

Etter å ha slått fast at legemsundersøkelsen er nødt til å ha en tilstrekkelig hjemmel, anvendes i tilstrekkelig alvorlige tilfeller, og søke å oppnå et ønskelig formål, går vi nå over til å se på det siste rettslige kravet som må oppfylles; legemsundersøkelsen må oppfylle kravet om proporsjonalitet mellom mål og middel.

Før vi tar for oss den nærmere proporsjonalitetsvurderingen av legemsundersøkelsen, må vi fastslå hvor kravet stammer fra, og dets nærmere innhold. For at legemsundersøkelsen skal være proporsjonal, må den oppfylle tre nærmere krav: undersøkelsen må være egnet til å oppnå det ønskede formålet, gjennomføringen av undersøkelsen må være nødvendig, og undersøkelsen må være rimelig i den konkrete situasjonen som foreligger.

Vi finner proporsjonalitetskravet både i strprl. §157 og EMK art. 8, 2. ledd, dog med noe forskjellig formulering. I strprl. §157 følger proporsjonalitetskravet av lovens 1. ledd, hvor det heter at undersøkelsen ikke må fremstå som uforholdsmessig. Forholdsmessighet og proporsjonalitet er to betegnelser på samme vurdering, og kjernen i vurderingen er hvorvidt det foreligger samsvar mellom det målet som søkes oppnådd og de midlene som benyttes for å oppnå dette målet. Jo større inngrep som skal gjennomføres, jo tyngre må argumentene være for at nettopp dette inngrepet skal gjennomføres.

I motsetning til strprl. §157, vil det ikke følge direkte av ordlyden i EMK art. 8, 2. ledd at det må foreligge forholdsmessighet mellom mål og middel. Kravet vil tolkes inn i artikkelens ordlyd *"necessary in a democratic society"*.

Ordet ”nødvendig” leder oss her til proporsjonalitetsvurderingen, og EMD har i sin rettspraksis bekreftet at proporsjonaliteten av inngrepet skal inkluderes i nødvendighetsvurderingen. Dette uttales blant annet i saken *Olsson v. Sweden*.<sup>32</sup>

I EMD sin nødvendighetsvurdering vil inngrepet underlegges to særlige vurderinger; inngrepet må være proporsjonalt med det formålet som søkes oppnådd, og det må være nødvendig for å oppfylle et pressende samfunnsmessig behov. I tillegg vil EMD trekke inn nasjonal skjønnsmargin i vurderingen, som gir de nasjonale myndigheter et visst spillerom til å tilpasse reguleringen sine nasjonale forhold.<sup>33</sup> EMD sitt krav om at inngrepet skal være proporsjonalt tilsvarende det kravet som følger av strprl. §157, og jeg vil behandle disse samlet i punkt 3.4.1. Kravet om inngrepets oppnåelse av et tvingende samfunnsmessig behov er særskilt for proporsjonalitetskravet etter EMK, men vil kunne sammenlignes med proporsjonalitetskravets i strprl. §157 sitt underlagte krav om tilstrekkelig behov for gjennomføringen av inngrepet.

I forhold til gjennomføringen av innvendige legemsundersøkelser, vil det pressende samfunnsmessige behovet som inngrepet må knyttes opp imot være det samme som undersøkelsens lovfestede formål, å oppklare mistankespørsmål og dermed forhindre kriminalitet. Dette er et ledd i oppnåelsen av et tryggere samfunn, som åpenbart er et samfunnsmessig behov.

Spørsmålet blir dermed om dette behovet er tilstrekkelig tvingende i den konkrete saken som foreligger.<sup>34</sup> Hvorvidt tilstrekkelig behov foreligger når myndighetene ønsker å gjennomføre en innvendig legemsundersøkelse av mistenkte, vil måtte vurderes og

---

<sup>32</sup> Se *Case of Olsson v. Sweden*, avsnitt 67.

<sup>33</sup> Se *Case of Olsson v. Sweden*, avsnitt 67.

<sup>34</sup> EMD fastslo eksempelvis i saken *Sunday Times v. The United Kingdom*, avsnitt 67, at et inngrep i ytringsfriheten ikke var nødvendig ettersom det samfunnsmessige behovet ikke var tilstrekkelig tvingende.

avgjøres i hver enkelt sak. Vi kan anta at dersom de øvrige rettslige kravene er oppfylt, særlig kravet til skjellig mistanke og formålskravet om å bidra til sakens opplysning, vil også kravet om tilstrekkelig tvingende samfunnsmessig behov være oppfylt.

### 3.4.1 Proporsjonalitetsvurderingen av det konkrete inngrepet

Vi går nå over til å ta for oss det nærmere innholdet i proporsjonalitetsvurderingen, og innledningsvis kan vi bemerke oss at kravet fungerer som et verktøy for å oppnå balanse mellom de menneskerettighetene som vernes av EMK, og myndighetenes behov for å gjøre inngrep i rettighetene. Prinsippet kommer altså til anvendelse når menneskerettigheten ikke er absolutt og ufravikelig. Avveiningen blir mellom individets rettigheter og samfunnets interesser. At konvensjonen må bygge på denne balansevurderingen, er blant annet bekreftet av EMD i saken *Soering v. The United Kingdom*.<sup>35</sup>

Det foreligger ikke noen uttømmende liste for hvilke momenter som skal inkluderes i proporsjonalitetskravet, noe som er naturlig ettersom kjernen i vurderingen er å vurdere graden av rettferdighet ved inngrepet, som gjør det nødvendig med et åpent vurderingsgrunnlag. Vurderingen vil måtte avspeile det konkrete inngrepets virkning på mistenkte, hvor denne personens individuelle forutsetninger og de konkrete omstendighetene ved inngrepet må vektlegges. Dette innebærer at det i svært få tilfeller vil være mulig å fastsette klare linjer for når et inngrep er uforholdsmessig, ettersom hver avveining vil være individuell. Men gjennom å bruke gitte situasjonseksempler kan vi fastslå hvilke aspekter ved inngrepet som vil være sentrale i proporsjonalitetsvurderingen.

I gjennomgangen av proporsjonalitetsvurderingen vil jeg benytte meg av en tredelt vurdering. De tre vurderingspunktene er legemsundersøkelsens egnethet, behov og rimelighet.<sup>36</sup> Denne tredelingen ser vi også i EMD sin praksis, som i saken *Jalloh v.*

---

<sup>35</sup> Se *Case of Soering v. The United Kingdom*, avsnitt 89.

<sup>36</sup> Se *Meidell*: *Brutte bånd ved utvisning av foreldre - rettferdig for hvem?* s. 179 flg. i *Hellum (red.): Rettferdighet*, 1. utgave, Oslo 2010.

Germany benyttet seg av en tilsvarende fremgangsmåte for å vurdere hvorvidt et inngrep var så krenkende at det ikke sto i forhold til formålet og innebar et brudd på konvensjonen. Dette ser vi i avgjørelsens avsnitt 76:

*”(...) As noted above (see paragraph 70 above), the Court has found on several occasions that **the Convention does not, in principle, prohibit recourse to a forcible medical intervention that will assist in the investigation of an offence**”.*

EMD henviser først til sin vurdering av inngrepets egnethet i avgjørelsens avsnitt 70, hvor retten bekrefter at legemsinngrep vil kunne være egnet til å gjennomføre en etterforskning og opplyse mistankespørsmålet. Dersom inngrepet hadde vært uegnet for å bidra til sakens opplysning, ville det heller ikke kunne tillates.

*”However, any interference with a person’s physical integrity carried out with the aim of obtaining evidence must be the subject of rigorous scrutiny, with the following factors being of particular importance: **the extent to which forcible medical intervention was necessary to obtain the evidence,**”*

EMD uttaler så at når det foreligger en situasjon hvor et slikt legemsinngrep vil være egnet til å bidra til sakens oppklaring, må det vurderes hvorvidt det foreligger et tilstrekkelig behov for å gjennomføre inngrepet. Altså må legemsinngrepet være nødvendig for å oppklare saken.

*”(...) **the health risks for the suspect, the manner in which the procedure was carried out and the physical pain and mental suffering it caused, the degree of medical supervision available and the effects on the suspect’s health.**”<sup>37</sup> (Mine uthevninger.)*

---

<sup>37</sup> Se Case of Jalloh v. Germany, avsnitt 76.

Avsluttende oppstiller så EMD visse nærmere momenter som vil vektlegges i vurderingen av inngrepet, hvor det avgjørende spørsmålet vil være om inngrepet var rimelig i den konkrete situasjonen som forelå.

### 3.4.2 En vektvurdering av målet som søkes oppnådd

Før vi tar for oss vurderingen av det middelet som skal anvendes, må vi kort fastslå hvilket formål som søkes oppnådd, ettersom kjernen i vurderingen er forholdet mellom mål og middel. Som vi flere ganger har fastslått, er formålet med å gjennomføre en intern legemsundersøkelse å forhindre kriminalitet og å bidra til å oppklare straffesaker.

Dette lovfestede formålet vil i utgangspunktet være tungtveiende, ettersom det er knyttet til bekjempelsen av kriminalitet og hensynet om å skape et tryggere samfunn. Dog kan formålets vekt variere i en viss grad, etter hvor alvorlig den mistenkte kriminelle handlingen anses å være. Dersom det er snakk om særlig alvorlig kriminalitet, eksempelvis kjøp og salg av store mengder narkotika, vil dette skape en større potensiell fare enn ved et mindre alvorlig saksforhold. Dermed åpnes det også for anvendelsen av mer inngripende etterforskningsmidler. Det vil være en korrelasjon mellom den kriminelle handlingen og den undersøkelsen som kan brukes for å oppklare spørsmålene rundt handlingen. Dette vil vi særlig se i forholdsmessighetsvurderingens andre og tredje underpunkt, kravet til nødvendighet og rimelighet. At den kriminelle handlingens alvorlighetsgrad må vektlegges i vurderingen blir også klart uttrykt av EMD i Jalloh dommen, når retten tar for seg den innvendige legemsundersøkelsens inngripende karakter:

*"In this connection, due regard must be had to the seriousness of the offence in issue."*<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Se Case of Jalloh v. Germany, avsnitt 70.

### 3.4.3 Krav til middelet som anvendes, den innvendige legemsundersøkelsen

#### 3.4.3.1 Kravet om egnethet

Det første kravet proporsjonalitetsvurderingen stiller til inngrepet, er hvorvidt det er egnet til å oppfylle inngrepets ønskede formål. Altså om den innvendige legemsundersøkelsen faktisk vil opplyse den foreliggende saken, og dermed skape en preventiv virkning.

For at den innvendige legemsundersøkelsen skal være egnet, er undersøkelsen nødt til å være av en karakter som vil samsvare med hva myndighetene ønsker å undersøke. Dette følger både av egnethetsbetraktningen og av at inngrepet ikke skal være mer inngripende enn nødvendig. Dersom politiet eksempelvis mistenker at en person som har blitt stoppet etter uansvarlig kjøring har narkotiske stoffer i blodet, vil det være naturlig å ta en blodprøve av mistenkte. For at blodprøveundersøkelsen skal være egnet til å besvare dette mistankespørsmålet, forutsettes det at undersøkelsen gjennomføres før det har gått så lang tid at stoffet er ute av kroppens system. På det tidspunktet vil ikke undersøkelsen lenger være egnet til å besvare spørsmålet, og vil dermed også kunne være uforholdsmessig.

At det må foreligge en faktisk sammenheng mellom hvilken type handling som er mistenkt og hvilken type fysisk undersøkelse som skal gjennomføres, er helt naturlig. Problemet som kan oppstå, er dersom mistenkte er mistenkt for å smugle narkotika, men uten at denne mistanken sier noe om hvordan smuglingen skal foregå. I en slik situasjon kan mistenkte eksempelvis være nødt til å underlegges kontroll av både magesekken og underlivet, ettersom begge undersøkelsene vil være nødvendige og egnet til å oppklare mistankespørsmålet. Det vil videre kunne forutsettes at dersom resultatet av én undersøkelse er bekreftende, vil det kunne foreligge behov for å undersøke om mistenkte også oppbevarer stoff andre steder på kroppen.

Hvorvidt myndighetene faktisk oppdager narkotika under undersøkelsen, kan ikke vektlegges hvis vi i etterkant skal vurdere om undersøkelsen var egnet til å oppklare saken. Egnethetsvurderingen må avgjøres før undersøkelsen gjennomføres, og dersom politiet skulle forventes å ha sikker kunnskap om at undersøkelsen vil medføre et bekreftende

resultat, ville adgangen til å foreta undersøkelsen vært svært snever. Dette ligger også i hjemmelens ordlyd, når den åpner for ”undersøkelse” av kroppen. Er handlingen en undersøkelse tilsier dette at det er uvisst hva resultatet av handlingen blir. Kravet om egnethet innebærer dog at dersom myndighetene underveis i legemsundersøkelsen oppdager at stoffet f. eks. er ødelagt eller ikke kan identifiseres, vil de være pålagt å stoppe undersøkelsen der og da, ettersom undersøkelsen ikke lenger vil være egnet til å opplyse saken.

Det som altså vil være avgjørende i vurderingen om den innvendige legemsundersøkelsen er egnet for å oppnå sitt lovfeste formål, er at det foreligger en faktisk sammenheng mellom undersøkelsen og den mistenkte handlingen. Foreligger det eksempelvis mistanke om smuglig av narkotiske stoffer i vagina, vil en underlivsundersøkelse være egnet til å besvare dette mistankespørsmålet. Da vil også gjennomføringen av den konkrete legemsundersøkelsen være egnet til å oppnå inngrepets formål, og dermed oppfylle egnethetskravet i proporsjonalitetsvurderingen.

#### 3.4.3.2 Kravet om behov

Neste ledd i proporsjonalitetsvurderingen av legemsundersøkelsen, er kravet om at det må foreligge et reelt behov for å gjennomføre undersøkelsen. Denne vurderingen bygger på et ønske om å sikre at iverksettelsen av legemsundersøkelsen ikke skjer uten at dette er nødvendig. Det må også foreligge et reelt behov for å anvende akkurat den konkrete undersøkelsesmåten som bli valgt. Kravet innebærer at målet med undersøkelsen med rimelighet ikke må kunne oppnås på annen, mindre inngripende, måte. Dersom det besluttes å gjennomføre en innvendig legemsundersøkelse uten at det foreligger tilstrekkelig behov, eller undersøkelsen gjennomføres på en mer inngripende måte enn det er behov for, vil dette kunne medføre at inngrepet ikke oppfyller proporsjonalitetskravet.

At det foreligger et overordnet behov for å kunne gjennomføre innvendige legemsundersøkelser, både i forhold til sakens oppklaring og den kriminalpreventive effekt har vi fastslått tidligere, og jeg vil ikke gå videre inn på denne prinsipielle avveiningen her.

Problemstillingen vi skal vurdere under behovskravet er todelt; er det i den konkrete saken et behov for å gjennomføre en innvendig legemsundersøkelse for å oppklare mistankespørsmålet, og i så tilfelle hvordan trengs denne undersøkelsen å gjennomføres.

#### 3.4.3.2.1 Behovskravet og vedtagelsen av legemsundersøkelsen

Når vi skal vurdere vedtagelsen av inngrepet, må vi ta utgangspunkt i det lovfestede kravet om at det foreligger skjellig grunn til mistanke. Dersom retten eller påtalemyndigheten finner at det foreligger skjellig grunn til mistanke om at en person smugler narkotika, vil de ha et behov for å bekrefte eller avkrefte denne mistanken, som så fører til vedtagelsen av legemsundersøkelsen.

Hvorvidt den mistenkte forbrytelsen er av en slik karakter og alvorlighetsgrad at det bør iverksettes en granskning, vil avgjøres av påtalemyndigheten etter en konkret vurdering av situasjonen. For at den legemsundersøkelsen som så blir vedtatt for å oppklare mistankespørsmålet skal være i samsvar med behovskravet, er det som nevnt nødvendig at det ikke finnes en mindre inngripende måte for å oppklare mistankespørsmålet enn nettopp gjennomføringen av en innvendige legemsundersøkelse.

I forhold til innvendige legemsundersøkelser, er det vanskelig å forestille seg at det vil kunne foreligge alternative måter for å bekrefte eller avkrefte mistanken, når det først foreligger skjellig grunn til mistanke om at mistenkte oppbevarer noe i kroppen. Dersom mistenkte eksempelvis sier han har svelget pakker med narkotika, vil det ikke være noen annen praktisk mulighet for å få ut disse pakkene og undersøke dem, enn å gjennomføre en legemsundersøkelse med bruk av spesialtoalett eller brekkmiddel. Når det foreligger en slik mistanke, vil det eksistere et klart behov for å bekrefte eller avkrefte mistankespørsmålet, og følgelig få stoffet ut av personen. I slike situasjoner vil det altså sjeldent foreligge en mindre inngripende måte for å oppnå et tilsvarende formål, og legemsundersøkelsen vil være nødvendig.



Påtalemyndigheten eller retten vil dog måtte vurdere hvorvidt saksforholdet er så alvorlig at det nødvendiggjør bruken av en innvendig legemsundersøkelse. Er den mistenkte handlingen av mindre alvorlig karakter, kan vedtagelsen av en innvendige legemsundersøkelse være mer inngripende enn det som er nødvendig, den lite alvorlige handlingen tatt i betraktning. Dette kan da innebære et brudd på behovskravet. Dette følger også av EMD sin avgjørelse i Jalloh v. Germany:

*”As regards the extent to which the forcible medical intervention was necessary to obtain the evidence, the Court notes that drug trafficking is a serious offence. (...) However, in the present case it was clear before the impugned measure was ordered and implemented that the street dealer on whom it was imposed had been storing the drugs in his mouth and could not, therefore, have been offering drugs for sale on a large scale.”*<sup>39</sup>

Her bekrefter EMD innledningsvis at narkotikakriminalitet er et alvorlig samfunnsproblem, men at det i det konkrete tilfellet var snakk om en så lite alvorlig handling at legemsinngrepet framsto som unødvendig. Det må altså kreves at den mistenkte kriminelle handlingen er av en viss alvorlighetsgrad før myndighetene kan vedta et så inngripende tiltak som en innvendig legemsundersøkelse.

Foreligger det derimot mistanke om en alvorlig kriminell handling, og det ikke eksisterer en mindre inngripende måte for å oppklare mistankespørsmålet i saken, vil vedtagelsen av den innvendige legemsundersøkelsen være i samsvar med kravet om tilstrekkelig behov.

#### 3.4.3.2.2 Behovskravet og valget av den konkrete undersøkelsesmetoden

På samme måte som vedtagelsen av legemsundersøkelsen underlegges en behovsvurdering for å forhindre at inngrep blir gjort uten at det er nødvendig, vil selve gjennomføringen av legemsundersøkelsen underlegges en behovsvurdering for å sikre at undersøkelsen ikke er mer inngripende enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Dersom samme resultat

---

<sup>39</sup> Se dommen, avsnitt 77.

vil kunne oppnås med en mindre inngripende undersøkelsesmetode, tilsier behovskravet at denne metoden skal anvendes. Igjen kommer prinsippet klart til uttrykk i EMD sin avgjørelse i Jalloh saken:

*”The authorities must also demonstrate that they **took into consideration alternative methods of recovering the evidence**”*<sup>40</sup>

*”The authorities subjected the applicant to a grave interference with his physical and mental integrity against his will. They forced him to regurgitate, not for therapeutic reasons, but **in order to retrieve evidence they could equally have obtained by less intrusive methods.**”*<sup>41</sup> (Mine uthevninger.)

Dersom formålet med undersøkelsen er å erverve pakker som mistenkte skal ha svelget, vil undersøkelsesmetoden med bruk av spesialtoalett objektivt sett framstå som en mindre inngripende metode enn å benytte brekkmiddel på mistenkte. Dette har en naturlig forklaring, ettersom det å framtvinge en kroppsfunksjon er av en mer krenkende karakter enn å observere en naturlig kroppsfunksjon. Ikke alle undersøkelsesmetoder vil dog kunne defineres som å være mer eller mindre inngripende, ettersom omstendighetene i hver situasjon vil variere. Myndigheten som beslutter inngrepet vil måtte foreta en konkret vurdering av hvilke undersøkelsesmetoder som kan anvendes, og hvilken som vil innebære minst krenkelse for mistenkte. I vurderingen av hvilke metoder som er av mer eller mindre inngripende karakter, vil aspekter som metodens art, intensitet og varighet være relevante momenter.<sup>42</sup>

Videre i denne behovsvurderingen er det nødvendig å fastslå hva det vil si at legemsundersøkelsene skal ”oppnå samme resultat”. Problemstillingen kan utarte seg på to

---

<sup>40</sup> Se dommen, avsnitt 71.

<sup>41</sup> Se dommen, avsnitt 82.

<sup>42</sup> Se *Augelend, Mæland, Røsandhaug*: Politirett, s. 416.

måter, og det forsettes her at undersøkelsesmetodene er av forskjellig inngripende karakter: først kan undersøkelsesmetodene oppnå samme resultat, i den forstand at begge vil fremskaffe samme bevis som opplyser mistankespørsmålet. Her vil løsingen være enkel, ettersom måloppnåelsen vil være lik og myndighetene har da ingen grunn til å velge den mer inngripende undersøkelsesmetoden.

Alternativt kan resultatene fra undersøkelsene være forskjellige. Eksempelvis kan den inngripende undersøkelsen oppnå et mer omfattende resultat, slik at den evner å fastslå narkotikaens styrke og eksakte mengde, mens den mindre inngripende undersøkelsen kun oppnår et resultat som er tilstrekkelig for å få mistenkte dømt. Begge undersøkelsene vil her sikre at saken blir oppklart, men mengden av informasjon som blir ervervet vil være forskjellig. Spørsmålet blir da hvilken undersøkelsesmetode myndighetene skal anvende.

Ser vi problemstillingen i forhold til formålet med legemsundersøkelsen, vil det etter min mening være riktig å benytte seg av den mindre inngripende undersøkelsesmetoden dersom den erverver tilstrekkelig bevis til å oppklare saken. Det sentrale aspektet ved undersøkelsens formål er å opplyse mistankespørsmålet, og dette bør søkes oppnådd uten at mistenkte må underlegges et særlig belastende inngrep. Vernet av den personlige integritet bør her veie tyngre enn hensynet om å oppnå en fullstendig dekkende dom. Dette er dog ikke i samsvar med den gjeldende rettsteorien på området, som fastslår at det vil være nødvendige at den mindre inngripende undersøkelsen oppnår et tilsvarende kvalitativt resultat som den mer inngripende undersøkelsen, for at behovskravet skal medføre at den mindre inngripende metoden må anvendes.

Oppsummerende kan vi si at gjennom behovskravet fastslår proporsjonalitetsvurderingen at legemsundersøkelsen ikke skal vedtas dersom den ikke er nødvendig for å oppklare mistankespørsmålet i saken. Dersom legemsundersøkelsen må gjennomføres, tilsier behovskravet at den minst inngripende metoden som på en tilstrekkelig måte oppfyller formålet skal anvendes. Dersom begge disse kravene er oppfylt, vil det foreligge et reelt

behov for å gjennomføre legemsundersøkelsen, og gjennomføringen vil oppfylle behovskravet i proporsjonalitetsvurderingen.

#### 3.4.3.3 Kravet om rimelighet

Vi går nå over til det siste leddet i proporsjonalitetsvurderingen, kravet om at inngrepet er rimelig i forhold til det målet som søkes oppnådd. Dette kravet skiller seg fra kravene om egnethet og behov, ettersom disse vil være krav hvor resultatet er av sammenlignbar karakter; Løsning A kan sammenlignes med løsning B, for så å finne hvilken som er best egnet og nødvendig for å oppnå formålet. Rimelighetskravet vil i derimot bygge på en rettferdighetsvurdering, om det i den konkrete saken er rettferdig å gjennomføre legemsundersøkelsen for å oppklare mistankespørsmålet. Her vil resultatene være av en subjektiv karakter, og hva som er den riktige beslutningen vil bygge på en vurdering av mistenktes individuelle forutsetninger og de øvrige forholdene i saken.

Hvilke momenter som skal vektlegges i rimelighetsvurderingen er ikke uttømmende regulert, men vi finner noe veiledning i strprl. §157 og i påtaleinstruksens kapittel 10. I strprl. §157 er eksempelvis adgangen til å gjennomføre legemsundersøkelsen begrenset til inngrep som kan skje uten fare og betydelig smerte for mistenkte. Dette blir en nærmere konkretisering av innholdet i proporsjonalitetsvurderingen, og fastsetter en ytre grense for rimelighetsvurderingen. Videre finner vi relevant regulering i påtaleinstruksens §§10-4, 10-5 og 10-6. Som vi vil se, danner spørsmålet om inngrepet er rimelig selve kjernen i proporsjonalitetskravet.

##### 3.4.3.3.1 Særlig om rimelighetskravet og individuelle forutsetninger

I vurdering av hvorvidt inngrepet er rimelig å gjennomføre, åpnes det som sagt for å trekke inn svært mange momenter i vurderingen. Samtlige mistenkte vil ha forskjellige individuelle forutsetninger, og disse må vektlegges ut ifra hvor store innvirkning de har på mistenkte. Hvilke momenter som er relevante for vurderingen, og hvordan disse skal

vektlegges, vil være helt avhengig av hvordan situasjonen rundt det konkrete inngrepet framstår.

Dersom mistenkte eksempelvis har et helsemessig problem med halsen, vil dette være et relevant moment i vurderingen om legemsundersøkelsen kan gjennomføres med brekkmiddel. Dersom dette helsemessige problemet er omfattende må det vektlegges i større grad, og kan resultere i at gjennomføringen av undersøkelsen blir utelukket. Et slikt medisinsk problem vil gjøre at inngrepet blir mer tyngende for individet, og det kan igjen føre til at inngrepet er uproporsjonalt med målet som søkes oppnådd.

Som nevnt tidligere, vil også formålets tyngde kunne påvirke vurderingen. Dersom det foreligger mistanke om en mindre alvorlig kriminell handling, vil et problematisk forhold hos mistenkte kunne føre til at inngrepet blir uproporsjonalt. Er det derimot mistanke om en svært alvorlig kriminell handling vil vektforholdet forandres, og det vil være en mulighet for at undersøkelsen fortsatt kan gjennomføres forutsatt at krenkelsen ikke blir for stor. Det er nettopp her vi må vurdere hvorvidt inngrepet som sådan er rettferdig å gjennomføre.

Til tross for at vurderingen åpner for å trekke inn store mengder hensyn, følger det av lovgivningen at visse hensyn alltid vil være relevante når rimeligheten av undersøkelsen skal vurderes. Jeg vil videre forholde meg til disse, og gi en nærmere gjennomgang av deres innhold i forhold til gjennomføringen av innvendige legemsundersøkelser.

#### 3.4.3.3.2 Individuelle forhold som medfører strafferettslig utilregnelighet

To individuelle forutsetninger som vil kunne medføre at gjennomføringen av legemsundersøkelsen blir svært tyngende, er dersom mistenkte er ung eller har psykiske lidelser. Dette er også to forhold som kan medføre at mistenkte ikke er strafferettslig tilregnelig, altså han vil ikke kunne straffes for lovbruddet. Etter strprl. §157, 2. ledd åpnes det for å gjennomføre legemsundersøkelsen til tross for at mistenkte var psykotisk eller bevisstløs i handlingsløyeblippet, jfr. strl. §44, eller at mistenkte var under 15 år da han begikk handlingen, jfr. strl. §46. Disse to lovreglene vil normalt utelukke at subjektet kan

straffes, som følge av at han ikke kan lastes for sine handlinger nettopp på grunn av hans individuelle forutsetninger.

Når undersøkelsesadgangen her separeres fra skyldspørsmålet, åpnes det for å gjennomføres undersøkelsen alene med formål om å oppklare situasjonen, eksempelvis for å kontrollere om den mindreårige gutten mistenkt for å frakte narkotika har stoffet i sin besittelse. Gutten vil unngå straffeskyld, men undersøkelsen kan bidra til at politiet erverver stoffet og kan anvende det som bevis mot andre mistenkte, samtidig som stoffet blir fjernet fra guttens kropp.

Lovgiver fastslår altså at det er adgang til å foreta legemsundersøkelse i en slik situasjon, men undersøkelsen må fortsatt være i samsvar med lovens øvrige krav. I forhold til rimelighetsvurderingen vil ung alder og psykiske lidelser kunne føre til at inngrepet blir svært tyngende for subjektet, og dermed må det foreligge svært tungtveiende hensyn som tilsier at inngrepet ikke er urimelig. Mistenkte vil her være personer som er særlig sensitive for legemsinngrep, og som ikke vil ha de fysiske forutsetningene for å tolerere inngrepet som en alminnelig voksen person vil ha. Dermed må det positive hensynet bak undersøkelsen måtte veie tungt, eksempelvis ved at narkotikapakken kan bidra til å felle en større kriminell organisasjon. Skal undersøkelsen foretas, må den gjennomføres med særlig hensyn til mistenktes problematiske forutsetninger. Det er dog nærliggende å anta at gjennomføringen av innvendig legemsundersøkelse i slike situasjoner vil være utelukket, som følge av at inngrepet ikke er i overensstemmelse med rimelighetskravet.

#### 3.4.3.3.3 Forekomst av smerte og fare ved gjennomføringen av undersøkelsen

Et sentralt moment i vurderingen av hvorvidt inngrepet er rimelig å gjennomføre i forhold til målet som oppnås, er vurderingen av hvor smertefullt inngrepet vil være for mistenkte. Strprl. §157 utelukker gjennomføringen av legemsundersøkelser dersom den vil medføre betydelig smerte eller fare for mistenke. Denne begrensningen har nær sammenheng med det prinsipielle utgangspunktet om at inngrep i den fysiske integritet ikke er tillatt, men at lovgiver her har gitt myndighetene adgang til å foreta inngrep i visse situasjoner. Medfører

undersøkelsen betydelig smerte eller fare for mistenkte, faller den utenfor lovgivers tillatelse som følger av strprl. §157, og gjennomføringen vil være ulovlig. Her vil heller ikke inngrepet kunne oppveies av tungtveiende formål som søkes oppnådd, ettersom forekomsten av betydelig smerte og fare setter en ytre grensen for når legemsundersøkelsen kan foretas.

I smerte og farevurderingen vil mistenktes individuelle forutsetninger stå sentralt, ettersom smertetoleranse og helsetilstand vil variere, og sette forskjellige grenser for når legemsundersøkelsen skal utelukkes. Dette kan være problematisk, ettersom dette også kan være momenter som vil være skjult for myndighetene. Visse karakteristikk ved mistenkte vil dog kunne gi myndighetene en indikasjon på hans smertegrense og generelle helsemessige tilstand. Dersom mistenkte eksempelvis er gammel og svak, vil han ha en mindre toleranse for smerte enn en voksen og frisk mann. Dette er forhold som kan observeres uten å foreta noen nærmere undersøkelse, og som må vektlegges i vurderingen om undersøkelsen vil medføre betydelig smerte eller fare for mistenkte. Men, dersom mistenkte har et skjult helseproblem som medfører at inngrepet innebærer risiko for fare, kan det vanskelig forventes at myndighetene skal vektlegge dette når inngrepet blir vedtatt. Det kan dog forventes at det blir gjennomført en kontroll av mistenktes generelle medisinske tilstand før gjennomføringen en inngripende undersøkelse, hvor slike skjulte problemer kan oppdages.

Strprl. §157 skiller mellom forekomsten av smerte og forekomsten av fare, og jeg vil først ta for meg smertevurderingen. Denne vurderingen vil bygge på både objektive og subjektive momenter. I utgangspunkt vil undersøkelsesmetoden kunne vurderes etter en objektiv standard, eksempelvis slik at bruken av brekkmiddel medfører større smerte enn bruken av spesialtoalett. Den objektive vurderingen må så suppleres med en subjektiv vurdering, som foretas etter mistenktes individuelle forutsetninger. Eksempelvis vil en person med tidligere skader i underlivet kunne oppleve større smerte under en underlivsundersøkelse enn en annen person uten disse forutsetningene.

Under selve gjennomføringen av undersøkelsen vil heller ikke smertevurderingen kunne bygges på en ren subjektiv vurdering, altså hvordan mistenkte opplever situasjonen. I så tilfelle ville enhver mistenkt som ikke ønsket å bli underlagt legemsundersøkelsen kunne påberopt seg store smerter selv ved mindre inngrep. Under gjennomføringen av undersøkelsen vil smertevurdering dermed foretas av det helsepersonellet eller legen som står ansvarlig, eventuelt representanten fra politimyndigheten, som da naturligvis må bygge deler av sin vurdering på mistenktes opplevelse av smerten og hans individuelle forutsetninger. Dersom gjennomføringen underveis vurderes å medføre betydelig smerte for mistenkte, vil den måtte avbrytes som følge av forbudet i strprl. §157.

Etter ordlyden i strprl. §157 følger det at undersøkelsen ikke må skape ”betydelig smerte”. Loven skiller her mellom alminnelig smerte og betydelig smerte. Formålet med dette skillet kan være at mindre smerter som følger av undersøkelsen, f.eks. stikket fra en sprøyte som tar blodprøve, vil være en smerte som er nødvendig for å kunne gjennomføre undersøkelsen, og noe som mistenkte må tolerere. Når smerten da går utover dette, vil undersøkelsen medføre en konsekvens som gjør at inngrepet går utover det som er tillat i lovhjemmelen.

Farevurderingen vil nødvendigvis skille seg fra smertevurderingen, ettersom ordlyden i strprl. §157 sier ”uten fare eller betydelig smerte”. ”Fare” vil her kunne tolkes som forekomst av fare for mistenktes liv eller hans varige helsetilstand. Skillet mellom smerte og fare kan illustreres ved at følelsen av smerte er noe som forekommer under selve gjennomføringen av undersøkelsen, mens skaden vil eksistere også etter undersøkelsen er avsluttet. Ettersom en skade vil være av større konsekvens for mistenkte enn smerte, settes grensen ved at det er en mulighet for at skaden kan forekomme, mens det ved smerte vil vurderes om den faktisk vil forekomme.



Ordlyden ”fare” tilsier at det også er en mulighet for at hendelsen ikke vil inntre. Det avgjørende momentet i farevurderingen vil dermed være om gjennomføringen av legemsundersøkelsen medfører en mulighet for at mistenkte vil bli påført varige skader, eller medføre en mulighet for at han kan omkomme.

Dette skillet vil samsvare med den framgangsmåten anvendt av EMD, som ga fare og smertevurderingen en sentral rolle i sin vurderingen av den innvendige legemsundersøkelsen som ble anvendt i saken Jalloh v. Germany. Først fastslo retten at det var en grunnleggende forutsetning for at undersøkelsen kunne finne sted at den ikke ville medføre fare for mistenktes varige helse:

*”Furthermore, the procedure **must not entail any risk of lasting detriment to a suspect’s health.**”<sup>43</sup>* (Min uthevning.)

Denne forutsetningen vil samsvare med farebegrensningen som følger av strprl. §157. Dersom det foreligger en fare for skade som vil være vedvarende for mistenkte, kan ikke undersøkelsen gjennomføres. Så tok EMD for seg smertevurderingen, altså den konkrete forekomsten av smerte som Jalloh opplevde under gjennomføringen av legemsundersøkelsen:

*”Although this was not the intention, **the measure was implemented in a way which caused the applicant both physical pain and mental suffering.**”<sup>44</sup>* (Min uthevning.)

Her kan vi bemerke oss at dersom den faktiske forekomsten av smerte er svært omfattende, slik den var i Jallohs tilfelle, kan gjennomføringen av legemsinngrepet medføre en krenkelse utover retten til privatliv i EMK art. 8, og innebære brudd på art. 3, forbudet mot tortur og ydmykende behandling. Ser vi så på farevurderingen, vil gjennomføringen av en

---

<sup>43</sup> Se dommen, avsnitt 71.

<sup>44</sup> Se dommen, avsnitt 82.

legemsundersøkelse som medfører fare for at mistenkte kan omkomme kunne medføre brudd på art. 2, som verner om retten til liv. Dette vil i så fall være betraktelig mer alvorlige brudd på konvensjonen enn dersom undersøkelsen medfører et brudd på art. 8, slik utgangspunktet har vært i tidligere eksempler. Derfor setter også EMD terskelen høyere for brudd på disse artiklene, sammenlignet med art. 8; brudd på art. 3 skal innebære en grov krenkelse eller ydmykelse av mistenkte, og brudd på art. 2 skal innebære noe så alvorlig som fare for mistenktes liv. Som EMD uttaler i Jalloh saken i forhold til eventuelt brudd på konvensjonen art. 3, er det nødvendig at inngrepet i sin helhet oppnår en viss grad av alvorlighet før den kan sies å krenke vernet mot tortur og ydmykende behandling:

*”According to the Court’s well-established case-law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case”*<sup>45</sup>

Brudd på disse artiklene vil dermed hovedsaklig kunne forekomme når myndighetene går utenfor sin lovfestede rett til gjennomføring av legemsundersøkelse i strprl. §157, og krenker rettigheter som går utover mistenktes rett til personlig frihet. Da vil det også kunne foreligge brudd på Grunnlovens §96<sup>46</sup>, som inneholder et forbud mot bruken av tortur.

Smerte og farevurderingen i strprl. §157 og EMK setter altså en ytre grense for hvilke legemsundersøkelser som kan gjennomføres. Medfører legemsundersøkelsen betydelig smerte for mistenkte, eller en fare for varige skader eller liv, vil det ikke under noen omstendighet være adgang til å gjennomføre undersøkelsen. Dette skiller seg fra de øvrige momentene i rimelighetsvurderingen, ettersom fare og smerte momentene ikke vil kunne oppveies av tungtveiende ønskede formål. Er myndighetenes gjennomføring av legemsundersøkelsen særlig krenkende, vil den også kunne innebære brudd på konvensjonens forbud mot tortur og ydmykende behandling og vern av liv.

---

<sup>45</sup> Se dommen, avsnitt 67.

<sup>46</sup> Kongeriget Norges Grundlov, av 17. mai 1814 (Grunnloven).

#### 3.4.3.3.4 Krav for bruken av makt ved tvangsgjennomføring av undersøkelsen

Neste relevante moment i rimelighetsvurderingen av den konkrete legemsundersøkelsen, forekommer dersom mistenkte motsetter seg gjennomføringen av undersøkelsen.

Myndighetene vil da ha adgang til å gjennomføre undersøkelsen med makt, jfr. strprl. §157, 3. ledd, som fastslår at mistenktes samtykke ikke er en nødvendig forutsetning for gjennomføringen av inngrepet. Dersom undersøkelsen skal gjennomføres med makt, vil inngrepet i den personlige frihet nødvendigvis bli mer tyngende overfor mistenkte, hvilket må vektlegges i rimelighetsvurderingen av undersøkelsen.

Grensene for maktbruk under gjennomføringen av undersøkelsen reguleres av påtaleinstruksens §10-4, 3. ledd. Bruken av makt vil her tilsvare bruken av tvang, og kan defineres som å få noen til å gjøre en handling de ellers ikke ville ha ønske om å gjennomføre. Forskriften inneholder to konkrete krav til myndighetenes maktbruk; maktbruken må ikke gå utover det omfang som er nødvendig for å kunne gjennomføre undersøkelsen på en tilfredsstillende måte, og den må ikke anvendes i en lengre tidsperiode enn det som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen på en tilfredsstillende måte. Den første begrensningen regulerer maktbrukens utstrekningen, og tar sikte på å regulere hvordan maktbruken forekommer i gjennomføringen av undersøkelsen. I forhold til innvendige legemsundersøkelser vil et naturlig eksempel være at myndighetene fysisk tvinger mistenkte til å ta et brekkmiddel, eller at mistenkte blir tvunget til å sitte på et spesialtoalett.

Graden av maktbrukt blir i forskriften avgrenset mot hva som er nødvendig for å oppnå at undersøkelsen blir gjennomført på en tilfredsstillende måte. Betegnelsen ”tilfredsstillende” kan her tolkes slik at gjennomføringen oppfyller lovens krav om sikkerhet og hensynsfull gjennomføring, samtidig som den er egnet til å oppnå formålet med undersøkelsen. Graden av makt som myndighetene vil kunne anvende kan videre sammenlignes med behovskravet som følger av proporsjonalitetsvurderingen, det må foreligge et reelt behov for maktbruken. Eksempelvis vil det være adgang for politiet å fysisk holde mistenkte fast slik at hans munnhule kan undersøkes, dersom han nekter å gå med på dette. Påtalemyndigheten vil

naturligvis aldri kunne være helt sikre på hvilken grad av tvang som vil trenge for å gjennomføre undersøkelsen på en tilfredsstillende måte. Det vil nødvendigvis være opp til mistenkte hvorvidt han velger å samarbeide, og det vil variere fra sak til sak. Samtidig vil vi kunne trekke konklusjonen om at jo mindre inngripende undersøkelsen er, jo større sannsynlighet er det for at mistenkte vil godta inngrepet og ikke fysisk motsette seg dette.

Mistenktes rolle ved gjennomføringen av tvangsundersøkelser ble nærmere vurdert av EMD i saken Jalloh v. Germany, hvor retten fastslo at når det foreligger et vedtatt tvangsinngrep, vil mistenkte ha en viss plikt til å bidra til å gjøre undersøkelsen så sikker som mulig. Dette kan han gjøre enten ved å frivillig oppgi sin medisinske historikk, eller ved å unnlate å fysisk motsette seg inngrepet.<sup>47</sup> I forhold til sikkerhetsvurderingen av inngrepet, vil dette også være i mistenktes fordel. Dette endrer imidlertid ikke på kravet om at maktbruken ikke må overstige det som er nødvendig for å oppnå en tilfredsstillende undersøkelse. Forekommer det overdreven maktbruk, vil dette kunne medføre at inngrepet ikke oppfyller rimelighetskravet i proporsjonalitetsvurderingen, og dermed er ulovlig.

Påtaleinstruksens §10-4 setter videre et krav om at maktbruken ikke må forekomme i en lenger tidsperiode enn det som er nødvendig gjennomføre undersøkelsen på en tilfredsstillende måte. Grensen for tidsperioden er altså underlagt den samme vurderingen som graden av maktbruk, hva som er nødvendig for å kunne gjennomføre undersøkelsen på en sikker måte og samtidig oppnå undersøkelsens formål. Hvis inngrepet eksempelvis går ut på å foreta en kontroll av mistenktes fordøyelsessystem gjennom å plassere han på et spesialtoalett, må ikke denne behandlingen foregå lengre enn den tidsperioden hvor f.eks. en urinprøve gir et korrekt resultat av innholdet i mistenktes system. Er det klart at stoffet vil bli tatt opp i mistenktes kropp etter 6 timer, vil det ikke være i samsvar med undersøkelsens formål å tvinge mistenkte til å sitte der i 12 timer. Dette vil også stride med behovskravet i proporsjonalitetsvurderingen. Et visst handlingsrom ved fastsettelsen av

---

<sup>47</sup> Se dommen, avsnitt 80.

tidsgrensen vil i praksis måtte aksepteres, i og med at undersøkelsen skal gjennomføres grundig og i henhold til de sikkerhetskrav som også foreligger.

#### 3.4.3.4 Forekomst av smerte ved bruk av makt

Det siste aspektet vi er nødt til å vurdere når vi står overfor en tvangsmessig gjennomføring av legemsundersøkelsen, er graden av smerte mistenkte opplever. Påtaleinstruksens §10-4 fastslår at legemsundersøkelsen ikke vil kunne gjennomføres dersom maktbruken innebærer fare eller betydelig smerte for mistenkte. Forskriften anvender samme ordlyd som smertereguleringen i strprl. §157, og grensen vil dermed trekkes på samme måte.

Smertevurderingen setter en klar ytre grense for hvordan maktbruken skal foretas. Metoder som utelukkende tar sikte på å påføre subjektet smerte, som spesielle håndgrep, vil mest sannsynlig være utelukket. Når myndighetene gjennomfører en tvangsmessig undersøkelse som subjektet motsetter seg, vil det dog ofte kunne oppstå vanskelige situasjoner som kan medføre at det blir brukt potensielt smertefulle metoder for å stoppe eller pasifisere mistenkte. Til tross for at disse metodene medfører smerte vil det kunne bli tillat som en naturlig del av tvangsgjennomføringen dersom de er nødvendige for å hindre at mistenkte skader seg selv eller andre, under den forutsetning at de ikke medfører betydelig smerte eller medfører fare for skade eller liv. Går handlingen utover denne begrensningen, vil den trenge en annen hjemmel. Videre vil den smerte og farevurderingen som vi tok for oss tidligere måtte vurderes opp imot selve tvangsgjennomføringen av undersøkelsen, hvilket vil si at denne heller ikke må medføre betydelig smerte eller fare for skade eller mistenktes liv.

Dette fører oss til en konkret problemstilling; vil det være adgang til å tvangstilføre mistenkte brekkmiddel for å undersøke innholdet i hans mage? Bruken av brekkmiddel er en særlig problematisk undersøkelsesmetode, og er formodentlig den mest inngripende metoden av legemsundersøkelser som kan anvendes. Problemstillingen ble særlig aktualisert gjennom EMD sin avgjørelse i saken Jalloh v. Germany, hvor retten fant at

tvangstilførselen av brekkmiddel var så inngripende at gjennomføringen var i strid med konvensjonens art. 3.

Det følger av en alminnelig lovtolkning at det i utgangspunktet vil være adgang til å anvende brekkmiddel, også under tvang. Påtaleinstruksens §10-4 åpner som sagt for bruk av tvang under forutsetning om at det er nødvendig og ikke skaper fare eller betydelig smerte, samt at bruken av brekkmiddel er en av de aktuelle undersøkelsesmåtene som er nevnt i påtaleinstruksens §10-5 d. Spørsmålet blir da om proporsjonalitetsvurderingen, og de ytre grensene for inngrepet som følger av lovgivningen, gjør at tvangsbruk av brekkmiddel vil være utelukket.

Nødvendighetskravet i påtaleinstruksens §10-4, som også følger av proporsjonalitetsvurdering, forutsetter at undersøkelsens formål ikke kan oppnås på mindre inngripende måter. Dersom det først foreligger en situasjon hvor myndighetene finner det nødvendig å anvende brekkmiddel, eksempelvis ved forekomsten av et særlig hastemoment i saken som gjør at det er stor fare for at narkotikapakken vil sprekke dersom den går igjennom mistenktes fordøyelsessystem, vil dette kunne være et moment som tilsier at nødvendighetskravet er oppfylt.

Neste vurdering blir om tvangsbruken av brekkmiddelet medfører slik fare eller betydelig smerte som gjør at undersøkelsen vil være ulovlig. Smertevurderingen bygger som nevnt på en objektiv og en subjektiv vurdering, hvor det objektive utgangspunktet må suppleres med vurderingen av mistenktes individuelle forutsetninger. Tvangstilførsel av brekkmiddel vil være en omfattende prosess, hvor mistenkte mot sin vilje vil få en tube ført inn i munnen og ned i halsen, før brekkmiddelet får han til å kaste opp gjentatte ganger. Dette er en fremgangsmåte som vil kunne sies å fremkalle betydelig smerte hos nærmest enhver mistenkt, uavhengig av hans subjektive forutsetninger. Tvangsgjennomføringen vil dermed kunne stride mot smertekravet i loven på grunn av sin gjennomføringsmetode.

Videre foreligger det et forbud mot bruken av gastroskopi (mageundersøkelse) i påtaleinstruksens §10-4 1. ledd, 2. punktum. Gjennomføringen av gastroskopi vil på mange måter kunne sammenlignes med tvangstilførsel av brekkmiddel, da begge metoder vil gjennomføres med at en tube føres ned i mistenktes hals. Denne nære sammenhengen kan tilsi at forbudet mot gastroskopi kan tolkes utvidende til også å omfatte denne måten av tvangstilførsel. Samtidig vil EMD sin avgjørelse i saken Jalloh v. Germany gi en angivelse for hvilke inngrep som kan stride med konvensjonen, særlig tatt i betraktning at retten vurderte tvangsundersøkelsen som så inngripende at den var stridig med EMK art. 3. Den totale rettssituasjonen kan dermed innebære at tvangsmessig bruk av brekkmiddel i legemsundersøkelser vil være utelukket.

#### 3.4.3.4.1 Særlige krav til den praktiske gjennomføringen av legemsundersøkelsen

Hvorvidt den innvendige legemsundersøkelsen vil være i samsvar med rimelighetskravet i proporsjonalitetsvurderingen vil også bero på hvordan den konkrete undersøkelsen blir gjennomført. Kravet om rimelighet gjør at dersom en undersøkelse som i utgangspunktet er rettmessig gjennomføres på en måte som er svært inngripende eller krenkende, vil undersøkelsen kunne virke så tyngende på mistenkte at den strider mot proporsjonalitetskravet i loven. I lovgivningen finnes det flere konkrete tiltak som er nødt til å gjennomføres for å minske krenkelsen mistenkte blir utsatt for ved gjennomføringen av undersøkelsen. Jeg vil ta for meg tre av disse, og sette de i sammenheng med rimelighetskravet rettet mot undersøkelsen.

#### 3.4.3.4.2 Påbudte tiltak for å minske krenkelsen av mistenkte

Påtaleinstruksens §10-6 inneholder tre bestemmelser som alle sikter på å gjøre gjennomføringen av legemsundersøkelsen mindre tyngende for mistenkte. Det første påbudet er at kun personell som er nødvendige for gjennomføringen av undersøkelsen som skal være tilstede mens inngrepet foregår. Forskriften utelukker de som ikke "trengs" for å gjennomføre undersøkelsen, hvilket tilsier at kravet er nokså strengt.

Det som er klart ut ifra en alminnelig sikkerhetsvurdering, er at det helsepersonalet eller legene som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen på tilfredsstillende måte vil måtte delta. Det vil også være nødvendig med en viss deltagelse fra politimyndigheten, både for å erverve det eventuelle resultatet av undersøkelsen, samt sikre at mistenkte gjennomfører undersøkelsen. Forskriftens påbud medfører imidlertid at antallet representanter fra politiet vil være begrenset, og vil i det minste forhindre at mistenkte må undersøkes framfor en mengde tilskuere. Antallet representanter som vil betegnes som nødvendig vil videre bero på en konkret vurdering av inngrepet og dets karakter. Mindre legemsundersøkelser vil trenge færre personell enn omfattende undersøkelser.

Påtaleinstruksens neste påbud er at de personene som deltar på gjennomføringen av undersøkelsen blir ilagt taushetsplikt for det de observerer under legemsundersøkelsen, jfr. påtaleinstruksen §10-6, 2. ledd, 2. punktum. Dette tiltaket minsker krenkelsen som mistenkte vil oppleve ettersom han kan være sikker på at hendelsesforløpet og undersøkelsens detaljer ikke vil bli gjort offentlig. Bestemmelsen sørger også for at informasjonen som framkommer i undersøkelsen blir holdt konfidensielt, og dette vil være ønskelig i forhold til at resultatet av undersøkelsen kan ha relevans for både den foreliggende saken og andre straffesaker, og dermed vil det generelle være hensiktsmessighet at slik informasjon ikke spres videre.

Det siste påbudet som følger av påtaleinstruksens §10-6 er en regulering av hvor gjennomføringen av undersøkelsen skal finne sted. Etter instruksens skal omfattende undersøkelser og undersøkelser av intim karakter gjennomføres innendørs og i et eget avskilt rom. Her omfattes både undersøkelser som kan virke skjemmende for mistenke, som underlivsundersøkelser, og undersøkelser som må gjennomføres på bestemte steder på grunn av deres medisinske karakter, som undersøkelser av innholdet i mistenktes mage. Når forskriften fastsetter at disse undersøkelsene skal finne sted innendørs og i avskilte rom, er det for å forhindre den krenkelsen som ville oppstått dersom inngrepet ble gjennomført i offentlighet eller åpne rom. Dette innebærer også at undersøkelser med særlige momenter av hast ikke kan foretas på det stedet hvor mistenkte blir pågrepet, han



vil først måtte føres til et avlukket rom utenfor offentligheten, fortrinnsvis et sykehus. Dette vil også være i samsvar med hensynet til sikkerhet ved inngrepet, siden inngrep gjort i offentlighet vil medføre en mengde risikomomenter.

Også utenfor §10-6 innholder påtaleinstruksen viktige påbud som regulerer gjennomføringen av undersøkelsen. I forskriftens §10-5 følger det en regulering av hvilket personell som har adgang til, eller plikt til, å gjennomføre forskjellige undersøkelser. Dette vil minske krenkelsen for mistenkte ettersom profesjonelle helsearbeidere vil være bedre egnet til å gjennomføre undersøkelsen på en hensynsfull måte, samtidig som det vil foreligge en mindre risiko for at helsefarlige situasjoner kan oppstå. Reguleringen av personell har ikke noen tilsvarende bestemmelse i strprl. §157, og forskriften åpner ikke for å gjøre unntak fra regelen. Påtalemyndigheten vil dermed ikke ha adgang til å foreta undersøkelsen uten korrekt personell selv når det foreligger et akutt tidspress.

Oppsummerende kan vi fastslå at gjennom påtaleinstruksens §§10-5 og 10-6 setter lovgiver krav som skal sikre at gjennomføringen av den innvendige legemsundersøkelsen blir gjennomført på en mest mulig hensynsfull måte, slik det også er fastslått i strprl. §159. Dette gjøres også for å minske undersøkelsens tyngende effekt på mistenkte, slik at gjennomføringen tilpasses rimelighetskravet i proporsjonalitetsvurderingen.

Loven og forskriften vil dog ikke ha mulighet til å regulere samtlige aspekter som kan komme inn i rimelighetsvurderingen, ettersom det vil være en konkret vurdering av mistenktes forutsetninger hvor også formålets tyngde vil spille en avgjørende rolle. Men som vi har fastslått tidligere, vil det sentrale spørsmålet i proporsjonalitetsvurderingen være hvorvidt gjennomføringen av undersøkelsen vil være rettferdig overfor mistenkte, og stå i forhold til det formålet som myndighetene søker å oppnå. Dersom legemsundersøkelsen oppfyller dette kravet, samtidig som den er egnet til å bidra til sakens opplysning, og det foreligger et reelt behov for å gjennomføre undersøkelsen, vil inngrepet være proporsjonalt med sitt formål. Dette vil også være det siste kravet som stilles til legemsundersøkelsen etter strprl. §157 og EMK art. 8, 2. ledd.

## 4 Avslutning

I denne gjennomgangen av de rettslige kravene som må oppfylles for at det skal være adgang til å foreta innvendige legemsundersøkelser av mistenkte, er det særlig to aspekter som kommer tydelig frem. Det første er at vedtagelsen av legemsundersøkelser kan fungere som et godt eksempel på konflikten som oppstår mellom vernet av den private frihet og myndighetenes behov for å gjennomføre inngrep i denne retten. Problemstillingen tar utgangspunkt i hensynenes ytre grenser; innvendige legemsundersøkelser kan fremstå som særlig krenkende for personen som blir underlagt inngrepet, samtidig som det formålet som søkes oppnådd er sentralt i det viktige arbeidet for et tryggere samfunn.

Gjennom strprl. §157 søker lovgiver å skape en kompromissløsning mellom de to hensynene. Lovens krav om begrunnelse i et ønskelig formål og krav om oppfyllelse av rettslige terskler skaper grenser både for vedtakelsen og gjennomføringen av legemsundersøkelsen, og bidrar til å sikre at legemsundersøkelsen kun blir anvendt i tilstrekkelig alvorlige tilfeller. Samtidig viser den rettslige adgangen til å foreta legemsinngrep at lovgiver vurderer undersøkelsen som et nødvendig middel i politimyndighetenes arbeid mot kriminalitet. Loven inneholder dog visse termer og betegnelser som kan fremstå som uklare, men proporsjonalitetskravet vil bidra til å utelukke gjennomføring av legemsundersøkelser som går utover den adgangen som er gitt i hjemmelen. Særlig vil kravet om egnethet kunne utelukke bruken av legemsundersøkelser dersom det foreligger mindre inngripende metoder som vil oppnå tilsvarende resultater.

Innledningsvis fastslo vi at bruken av legemsundersøkelser har blitt aktualisert gjennom EMD sin avgjørelse i saken Jalloh v. Germany, og som vi har sett i denne gjennomgangen av rettslige krav foreligger det en nær sammenheng mellom hjemmelen i strprl. §157 og de reguleringene som følger av EMK. Både kravene som må oppfylles før en undersøkelse kan gjennomføres og formålet som undersøkelsen skal oppnå er relativt samsvarende, og reguleringene søker å verne tilsvarende hensyn. Også de ytre grensene for gjennomføringen av undersøkelsen, forekomsten av betydelig smerte eller fare, vil være nokså like.

Denne grensen kan også medføre at den typen legemsundersøkelse som EMD fant straffbar i saken *Jalloh v. Germany*, heller ikke vil være lovlig etter strprl. §157.

Dette fører oss til det andre sentrale aspektet ved reguleringen av legemsundersøkelser. Hver enkelt undersøkelse må gis en konkret vurderingen for å fastslå om den er i samsvar med loven, og da må det anvendes en åpen vurdering av saksforholdet. I denne vurderingen vil både den kriminelle handlingens alvorlighetsgrad og mistenktes individuelle forutsetninger vektlegges, og vurderingens individuelle karakter gjør at hjemmelen i strprl. §157 ikke kan inneholde en uttømmende regulering av hvilke momenter som skal vektlegges. Her vil proporsjonalitetsvurderingen av den konkrete undersøkelsen spille en sentral rolle, og kunne avgjøre hvorvidt det foreligger et akseptabelt forhold mellom mål og middel. En slik åpen vurdering av saksforholdene rundt undersøkelsen vil kunne bidra til å skape en viss rettferdighet for den mistenkte som blir underlagt inngrepet.

Legemsundersøkelsen vil altså være avhengig av å oppfylle flere rettslige krav for å være i samsvar med den gjeldende lovgivningen, både etter norsk og internasjonal rett. Disse kravene dekker både vedtagelsen og gjennomføringen av undersøkelsen, og søker å finne den riktige balansen mellom mål og middel. I sin helhet framstår reguleringen av legemsundersøkelsen som et ledd i verdikonflikten som oppstår i arbeidet mot kriminaliteten i samfunnet; konflikten mellom myndighetenes behov for å gjøre inngrep, og vernet av den personlige frihet.

## 5 Litteraturliste

### Lover og forskrifter:

- Norges Grunnlov: Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814
- Menneskerettsloven: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21 mai 1999, nr. 30
- Straffeloven: Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902, nr. 10
- Straffeprosessloven: Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981, nr. 25
- Påtaleinstruksen: Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten av 28. juni 1985, nr. 1679

### Konvensjoner:

- EMK: Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950

### Bøker:

- *Andenæs og Fliflet*: Statsforfatningen i Norge, 10. utgave, Oslo, 2006
- *Auglend, Mæland, Røsandhaug*: Politirett, 2. utgave, Oslo, 2004
- *Bjerke og Keiserud*: Straffeprosessloven Kommentarutgave, 3. utgave, Oslo, 2001
- *Hov, Jo*: Rettergang I: Sivil- og straffeprosess, Studentutgave, Oslo, 2008
- *Hov, Jo*: Rettergang II: Straffeprosess, Studentutgave, Oslo, 2008
- *Høstmælingen, Njål*: Internasjonale Menneskerettigheter, 3. utgave, Oslo, 2006
- *Meidell, Merete*: Brutte bånd ved utvisning av foreldre - rettferdig for hvem?  
Publisert i *Hellum og Halsaa* (red.): "Rettferdighet", 1. utgave, Oslo, 2010
- *Ruud og Ulfstein*: Innføring i folkerett, 3. utgave, Oslo, 2006
- *Skjerdal, Nicolai V.*: Kvalitative Hjemmelskrav, 1. utgave, Oslo, 1998

- *Torgersen, Runar*: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker, 1. utgave, Oslo, 2009

#### **Artikler:**

- *Aall, Jørgen*: Noen straffeprosessuelle tvangsmidler og menneskerettighetene  
Publisert i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1994
- *Matningsdal, Magnus*: Påtaleinstruksens rettslige karakter og virkning  
Publisert i "Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard", 2002
- *Strandbakken, Asbjørn*: Grunnloven §96  
Publisert i Jussens Venner, Nr. 03.04, 2004

#### **Nettartikler:**

- *Kilkenny, Ursula*: Human Rights Handbook, no. 1: The right to respect for private and family life, 2001 (Sisert 15.11.10).  
- Url: [http://www.coe.int/t/dghl/publications/hrhandbooks/index\\_handbooks\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/publications/hrhandbooks/index_handbooks_en.asp)
- *Reidy, Aisling*: Human Rights Handbook, no. 6: The prohibition of torture, 2003 (Sisert 15.11.10).  
- Url: [http://www.coe.int/t/dghl/publications/hrhandbooks/index\\_handbooks\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/publications/hrhandbooks/index_handbooks_en.asp)
- Statistisk Sentralbyrå: Lovbrudd anmeldte, "Flere tyverier og narkotikalovbrudd", 2009, (Sisert 15.11.10)  
- Url: <http://www.ssb.no/lovbrudda/>
- Statistisk Sentralbyrå: Lovbrudd etterforsket, etter type lovbrudd ,1994-2005, (Sisert 15.11.10)  
- Url: [http://www.ssb.no/a\\_krim\\_tab/tab/tab-2007-08-13-06.html](http://www.ssb.no/a_krim_tab/tab/tab-2007-08-13-06.html)

#### **Norges Offentlige Utredninger (NOU):**

- NOU 1997: 15, "Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet"
- NOU 2004: 6, "Mellom effektivitet og personvern"

### **Innstillinger til Odelstinget (Inst. O):**

- Inst. O. nr. 37, 1980-81, s. 23

### **Annet:**

- Brev fra Riksadvokaten til Justisdepartementet, av 23.12.09
- Foredrag av *Korff, Douwe*: "The standard approach under article 8-11 ECHR and article 2 ECHR." Tilgjengelig gjennom:  
URL: <http://webcast.ec.europa.eu/eutv/portal/archive.html?viewConference=7334>

### **Rettsavgjørelser:**

- Høyesteretts Kjæremålsutvalg, Rt. 1993 s. 1302
- Høyesteretts Kjæremålsutvalg, Rt 2004 s. 1222
- Frostating Lagmannsrett, Kjennelse, 11.12.07, ref. LF-2007-180725
- Norges Høyesterett, Ytterbøe saken, Rt. 1990 s. 1293
- Norges Høyesterett, avgjørelse av 04.12.09, Rt. 2009 s.1551
- Høyesteretts Ankeutvalg, avgjørelse av 22.05.08, Rt. 2008 s.714
  
- EMD, Case of Sunday Times v. The United Kingdom, 26.04.79, Application no. 6538/74
- EMD, Case of Malone v. The United Kingdom, 02.08.84, Application no. 8691/79
- EMD, Case of X & Y v. the Netherlands, 26.03.85, Application no. 8978/80
- EMD, Case of Olsson v. Sweden, 24.03.88, Application no. 10465/83
- EMD, Case of Soering v. The United Kingdom, 07.07.89, Application no. 14038/88
- EMD, Case of Kopp v. Switzerland, 25.03.98, Application no. 23224/94
- EMD, Case of Lambert v. France, 24.08.98, Application no. 23618/94
- EMD, Case of Labita v. Italy, 24.08.98 06.04.00, Application no. 26772/95
- EMD, Case of Jalloh v. Germany, 11.07.06, Application no. 54810/00

